Universitas Ottaviensis
Bibliotheca
Civitas Civi

LOIS

DE

LA PROCÉDURE

CIVILE ET COMMERCIALE

I

PARIS. — IMPRIMERIE R. CHAPELOT ET Ce, 2, RUE CHR STINE

LOIS

DE LA

PROCÉDURE

CIVILE ET COMMERCIALE

PAR

G.-L.-J. CARRÉ
Doyen de la Faculté de droit de Rennes.

CHAUVEAU ADOLPHE
Doyen de la Faculté de droit de Toulouse

CINQUIÈME ÉDITION

AUGMENTÉE D'UN

SUPPLÉMENT

ALPHABÉTIQUE ET ANALYTIQUE

Contenant, avec le résumé succinct de ce traité, le tableau complet de la jurisprudence et de la doctrine jusqu'à ce jour

ET SERVANT DE TABLE GÉNÉRALE A L'OUVRAGE

Par Gustave **DUTRUC**
Avocat, ancien Magistrat, Rédacteur en chef du *Journal des Avoués*

TOME PREMIER

PARIS
IMPRIMERIE ET LIBRAIRIE GÉNÉRALE DE JURISPRUDENCE
MARCHAL ET BILLARD
IMPRIMEURS-ÉDITEURS, LIBRAIRES DE LA COUR DE CASSATION
Maison principale : Place Dauphine 27
Succursale : Rue Soufflot, 7

1880

Tous droits réservés.

KJV
3935.8
.C3635
1880
v.1

PRÉFACE [1].

Les ouvrages de M. Carré sont devenus *classiques* au Palais et dans le cabinet du jurisconsulte. Faire l'éloge des *Lois de la Procédure* serait peut-être inconvenant de ma part; cela me paraît tout au moins inutile.

Je dirai, comme mon excellent et honorable ami, J.-B. Duvergier (2) : « Celui à qui est donnée la mission que je remplis, doit se « borner à peu de paroles pour exposer le but qu'il s'est proposé et « la méthode qu'il a suivie; peut-être suffirait-il de dire : *J'ai eu « constamment le modèle sous les yeux, j'ai fait tous mes efforts pour « l'imiter.* »

On permet, en général, à un auteur d'insérer dans sa préface quelques mots qui puissent contribuer à faire apprécier son livre, par l'exposé de ses travaux antérieurs et par l'indication du plan qu'il a suivi.

La procédure est un terrain que j'ai labouré dans tous les sens depuis plus de quinze ans. Dans ma nouvelle édition alphabétique du *Journal des Avoués*, qu'on a bien voulu quelquefois qualifier de *Répertoire de Procédure*, j'ai examiné les opinions des auteurs et donné mon avis sur les principales difficultés. En 1828, 1829 et 1830, j'ai rapproché des *Lois de la Procédure* tous les arrêts et le sentiment individuel de chaque auteur. J'envoyais le résultat de mes élaborations à M. Carré. J'aurais été heureux et fier de voir paraître, sous son nom, quelques-uns des travaux préparés par moi; mes idées, mon style même adoptés par lui, tout cela eût semblé m'identifier à ses utiles et importantes publications.

En 1831, j'ai publié mon *Commentaire du Tarif*, que j'avais annoncé dès 1826. Le plan que j'ai suivi a donné à cet ouvrage la forme d'un commentaire pratique du Code de procédure. J'ai été assez heureux pour inspirer quelque confiance aux magistrats et aux officiers ministériels, par l'impartialité de mes opinions. C'était l'u-

---

(1) Cette préface était imprimée lorsque j'ai reçu l'affligeante nouvelle de la mort du savant auteur de la *Théorie du Code de procédure*. M. Boncenne a été enlevé en quelques heures à la science, au barreau, et à ses élèves. Il est à craindre que son bel ouvrage reste inachevé. Quelle plume, si habile qu'elle soit, osera produire sa pensée à côté de celle de cet illustre écrivain?

J'ai eu l'honneur d'avoir M. Boncenne pour professeur de procédure; j'avais plaidé à la Cour royale de Poitiers, ma première cause contre lui; il avait daigné me donner souvent des conseils et il m'avait accordé sa précieuse, son honorable amitié... Sa mort inspirera à tous les amis de la science un regret profondément senti; qu'il me soit permis de déposer ici l'expression d'une vive douleur, comme un dernier hommage à sa mémoire....

(2) Préface de son tome 1er (*Continuation du droit civil de M. Toullier*).

nique but de ce livre, qui m'a coûté tant et de si arides travaux : de 1832 à 1836, obligé de faire marcher de front et mon cabinet à la Cour de cassation et mes travaux sur le droit criminel, avec mon savant ami M. Faustin Hélie, j'ai néanmoins terminé mon *Dictionnaire général*, dans lequel j'ai eu à coordonner plus de dix-huit mille notices de *procédure*.

Dans un acte passé avec son libraire, madame Béchet, qui était devenu propriétaire de l'ouvrage entier, M. Carré m'avait choisi pour le continuateur de ses *Lois de la Procédure :* ce fait est aussi rappelé par M. Duvergier (1) en ces termes : « M. Carré, dans un « voyage qu'il fit à Paris, me parla de ses travaux, de ses projets; « me proposa d'être son collaborateur. Au milieu des chagrins dont « il était accablé, il paraissait se complaire dans l'idée que M. Chau- « veau Adolphe, son intime ami, l'aiderait à publier le supplément « des *Lois de la Procédure;* que je travaillerais avec lui à la conti- « nuation de Toullier, et qu'il pourrait donner une édition de ses « œuvres complètes (2). »

Les *Lois de la Procédure civile* avaient paru en 1821. La seconde

---

(1) Préface, p. IV.

(2) Voici quelques fragments de ma correspondance avec M. Carré, de 1826 à 1832, qui révèlent à cet égard toute sa pensée; j'aurais voulu donner en entier cette correspondance, mais elle est trop volumineuse : peut-être un jour je la publierai; elle est de nature à intéresser les amis de la science; j'avais envoyé à M. Carré un premier travail sur tout le Code de procédure; je n'avais pas *osé* être aussi explicite, aussi étendu qu'il le désirait. Il m'en demanda un nouveau; pour être assuré de son approbation, je préparai le titre des *Référés*, et je le lui envoyai; il me répondit aussitôt en février 1830 :

« Mon cher Chauveau,

« Le spécimen que j'ai reçu est absolument ce que je désirais que vous fissiez; c'est l'u- « nique moyen, comme je l'avais pensé dans le principe, de satisfaire à tous les intérêts; « dites-moi à partir de quel titre vous m'enverrez un travail comme celui sur les *Référés :* « voulez-vous que je vous renvoie nos cartons à partir de ce titre et en le comprenant? « cela vous facilitera singulièrement la besogne. Je désire que vous commenciez par le « titre des *Délibérés et de l'instruction par écrit :* je vais rapidement m'occuper des *Ajour-* « *nements* et des suivants, etc. »

Rennes, 9 mars 1830.

« Cher ami,

« Je ne vous écris que pour interrompre la prescription; depuis huit jours je re- « mets à rédiger, tant je suis accablé; il m'a fallu faire l'article *Procédure* pour l'*Encyclo-* « *pédie moderne;* j'ai une lettre que Dupin veut que je fasse pour ajouter à la 6e édition « des Lettres de Camus; le garde des sceaux m'a demandé des observations sur le pro- « jet de ventes judiciaires : je ne puis refuser tout cela; plus ma réputation gagnera, plus « gagneront mes ouvrages; s'il y a eu du retard, il faut l'imputer au manque de bordu- « res pour les mises en pages; demain j'expédie une nouvelle feuille et j'irai plus vite en- « core. Pour ce qui vous reste de mes cartons, vous savez comment je travaille : au lieu « de coller tant de petits papiers, *écrivez comme si vous faisiez l'ouvrage*, vous ne vous « faites pas d'idée comment cela nous avancerait. Je perds un temps considérable avec « ces papiers; *faites comme je fais, aujourd'hui que vous connaissez le plan.*

« Je vous aime toujours de toutes mes forces,

« CARRÉ. »

Rennes, 12 avril 1830.

« Mon cher collaborateur,

« Encore une explication franche entre nous; je vous l'ai dit en commençant, j'agis

édition, qui fut publiée par mes soins en 1825, fut entièrement conforme à la première : de 1821 à 1831, M. Carré avait donné beaucoup de consultations sur des questions de procédure du plus haut intérêt. Il avait consigné ses observations journalières sur des feuilles interfoliées, dans un exemplaire qu'il appelait ses *cartons :* plus de deux mille arrêts avaient été rendus dans cette période décennale; plusieurs auteurs nouveaux avaient paru. Il avait promis, dès 1825, un quatrième volume contenant l'examen approfondi de toutes les opinions nouvelles des Cours ou des auteurs.

C'est pour ce quatrième volume qu'il avait bien voulu m'honorer du titre de son collaborateur : les vingt premières feuilles de ce volume étaient imprimées lorsqu'il fut enlevé à ses amis et à la science (1).

« avec vous comme si nos relations n'existaient pas : et, sans aucune considération, je « vous critique quand je le crois juste, je vous approuve quand je n'ai pas de réponses « à vous faire. Cela n'était-il pas convenu entre nous ? Il fallait d'ailleurs réduire au si- « lence ceux qui ont accrédité, à Paris, l'opinion que je n'étais pour rien dans le supplé- « ment, autrement que comme votre prête-nom (*). Nous nous expliquerons dans la « préface du 5e volume, qui, aux termes de notre traité, paraîtra sous nos deux noms. »

Rennes, 26 juin 1830.

« Non, non, mon ami, je ne me chargerai point du choix des arrêts ; je sais ce qu'il en « coûte, et, si j'étais encore assez présomptueux, comme je l'ai malheureusement été, « pour accéder à cette proposition, il serait impossible de terminer. Aussitôt que Marte- « ville recevra les ordres de madame Béchet pour composer, vous recevrez le titre de « l'*Ajournement*, et vous jugerez du temps que j'ai mis à faire le triage des 600 arrêts « que j'avais.

« Vous ferez ce choix, *mon pauvre ami*, mais appliquez-vous à m'indiquer les obser- « vations où vous n'aurez pas admis mes solutions; ce sera une mine féconde pour ce « que nous sommes convenus d'appeler *travail d'auteur*. C'est en cela surtout que le « *Journal des Avoués* m'aide pour rectifier mes opinions, en même temps qu'on y trouve « l'avantage d'accroître l'importance de vos travaux. En un mot, faites comme pour les « *Référés*. Ne choisissez que des arrêts qui aient *directement*, *essentiellement*, *exclusive-* « *ment* rapport à chacun des articles, qui en présentent une application, une interpréta- « tion. Rejetez tout ce qui est *compétence*, tout ce qui *tient au criminel*, à moins qu'en « matière criminelle on eût fait une application directe du Code de procédure civile. Les « cas où une nullité serait couverte ne présentent que des détails qui ne finiraient point. « De ces 60 arrêts que vous trouvez sur l'art. 173, ne mettez en notice que les décisions « qui contiendraient un principe général; et, au reste, je mettrai : *On trouvera au Journal* « *des Avoues* (v° , *les nombreux exemples d'espèces dans lesquelles il a été* « *jugé que les nullités d'exploit étaient ou n'étaient pas couvertes.*

« *Osez* donc, *osez* faire ce choix, *mon cher ami*, vous êtes trop bon travailleur pour « être si timide.

« Tout à vous, etc. CARRÉ. »

(1) Voici la préface de ce quatrième volume, qui renferme l'expression d'une vieille e indulgente amitié :

« Lorsque je publiai, en 1811, mon premier ouvrage, ayant pour titre *Analyse raisonnée des commentaires et des arrêts des Cours sur le Code de procédure civile*, j'eus pour objet de comparer et de discuter les doctrines et les décisions, et de résoudre les difficultés qui pourraient naître de ces conférences ou que j'aurais aperçues moi-même.

« Toujours dans la vue de déterminer, d'intervalles à intervalles, le dernier état dans

(*) Les travailleurs trouvent toujours sur leur chemin ceux qui ne font rien et qui s'efforcent à déprécier leurs ouvrages. N'a-t-on pas quelquefois cherché à jeter le découragement dans la collaboration des auteurs de la *Théorie du Code pénal*, tandis que M. Faustin Hélie et moi nous ne demandons qu'une part égale et commune de blâme ou d'éloges, et que nous rougirions l'un et l'autre de nous attribuer exclusivement la rédaction d'une seule page de notre livre !...

A la mort de mon malheureux ami, tous mes manuscrits m'ont été renvoyés par son gendre, M. Leroux, conseiller à la Cour royale de Rennes.

Les *cartons* de M. Carré, ses *notes*, ses *consultations* (douze volumes in-folio, *manuscrits*), et vingt volumes de *Mémoires imprimés*, sont la propriété de madame Béchet.

Le 1er janvier 1836, après la publication de mon *Dictionnaire*

---

lequel les méditations des jurisconsultes et les arrêts des Cours souveraines auraient placé cette branche de notre législation ; j'ai fait suivre ce premier travail de celui intitulé : *Questions sur la Procédure*, et enfin, en les fondant l'un et l'autre dans un seul et même ouvrage, augmenté d'un grand nombre d'observations et de questions nouvelles, j'ai composé mon *Traité des Lois de la Procédure civile*, etc. Aujourd'hui je me propose le même but, en ajoutant à ce dernier, dont la seconde édition paraît depuis quelques mois, un quatrième volume comme supplément nécessaire de ceux qui le précèdent.

« Si, dans le cours de mes premiers travaux, j'ai conçu l'idée d'entreprendre, sur le même plan, un *Traité des Lois de l'organisation et de la Compétence des juridictions civiles ;* j'y ai été déterminé par la considération des rapports de ces lois avec celles de la procédure ; rapports si intimes, que l'étude des unes est, pour ainsi dire, inséparable de l'étude des autres. J'ai donc pensé que le supplément que j'annonce ici acquerrait un nouveau degré d'utilité, si des renvois exacts au *Traité de la compétence*, toutes les fois que l'occasion s'en présentera, offraient sans cesse ces deux espèces de lois mises en concordance, de manière que l'on puisse les étudier simultanément, comme si elles étaient la matière d'un seul et même ouvrage.

« Enfin, pour ne rien laisser à désirer relativement à l'exécution des *Lois de la Procédure*, il me restait un dernier travail à entreprendre dans l'intérêt des officiers ministériels chargés des rédactions et significations des actes prescrits ou autorisés par le Code de procédure civile.

« Cette tâche, je l'ai remplie, en dictant et expliquant à mes élèves pendant les années 1825 et 1826, un *Cours pratique* dans lequel les dispositions de ce Code ont été mises en action par des espèces fictives et des modèles de tous les actes qu'elles exigent.

« Ces dictées seront livrées à l'impression. Elles paraîtront immédiatement après la dernière livraison de ce volume, sous ce titre : *Lois de la procédure mise en action* (*).

« J'ai eu soin de mettre encore en harmonie avec mon *Traité des Lois de la procédure*, ce nouvel ouvrage qui en est le complément.

« Si, d'après la promesse que j'ai faite en tête de ma seconde édition, les commentaires et questions contenus aux trois volumes dont elle se compose, ne présentent ni additions, ni changements ; j'ai cru néanmoins devoir joindre aux citations des recueils de jurisprudence générale, dans lesquels j'avais précédemment puisé les décisions des Cours et des tribunaux, celle du *Journal des Avoués*. On sentira facilement combien il importe qu'un traité dont le but est de réunir les principes de la doctrine, et les règles positives d'une seule branche de législation, ne soit pas étranger à un recueil périodique exclusivement consacré à la jurisprudence sur la même matière. Ce recueil, rédigé par un arrêtiste dont le public a depuis longtemps apprécié le zèle actif et les talents distingués (**), m'offrira d'ailleurs un moyen prompt et facile de communication avec les personnes qui voudraient bien m'adresser, par cette voie, des observations sur les difficultés que j'aurais résolues, ou des questions que je n'eusse pas examinées. Je prends ici l'engagement formel de leur répondre *par la même voie*.

« Puissent encore la magistrature et le barreau accueillir avec bonté l'hommage de ces travaux. Leur approbation sera toujours la plus flatteuse récompense de mes efforts.

« CARRÉ. »

(*) Il existe, il est vrai, un très grand nombre de *Formulaires*. Je n'en ai pris aucun pour modèle. Feindre des espèces, supposer des incidents, de manière à placer dans l'ordre exigé par la marche des instances, les formules des actes qu'elles requièrent; tel est l'objet que je me suis proposé dans ce *Traité pratique;* en un mot, j'ai adopté le plan suivant lequel fut rédigée l'instruction approuvée par le comité de constitution de l'Assemblée constituante, sur la forme de procéder dans les justices de paix, en exécution de la loi du 14 oct. 1790. (*Note de M. Carré.*)

(**) M. Chauveau Adolphe, élève du savant professeur de la faculté de droit de Poitiers, M. Boncenne. (*Note de M. Carré.*)

général de Proceaure, je fus chargé, par les nouveaux propriétaires des *Lois de la Procédure civile* et des manuscrits de M. Carré, non plus de continuer le quatrième volume commencé, mais de donner une nouvelle édition des *Lois de la Procédure civile*.

Mon travail était déjà fort avancé, lorsque la confiance du Roi m'appela à remplir à Toulouse la chaire de Droit administratif. Les études spéciales que m'imposa cette nouvelle position, et les travaux, plus difficiles à raison de l'éloignement des deux auteurs, que nécessitait la continuation de la *Théorie du Code pénal*, apportèrent une suspension de quelques mois à l'accomplissement d'une tâche qui me semblait un devoir à rendre à la mémoire de M. Carré.

Voici le plan que j'ai suivi :

Nous trouvons dans plusieurs ouvrages de jurisprudence, anciens et nouveaux, des exemples de commentaires ou d'additions sur un texte conservé. On cite Danty sur Boiceau, Brodeau sur Louet. M. Merlin a même donné son nom au *Répertoire* de M. Guyot, auquel il a seulement fait des additions. Je m'estimerai fort heureux si un jour mon travail peut obtenir le titre de Chauveau sur Carré.

M. Merlin a exprimé par ces signes [[ ]] les additions qu'il faisait au *Répertoire* de M. Guyot, dont il avait été lui-même un des plus habiles collaborateurs : j'ai employé la même marque distinctive; ainsi, tout ce qui est placé entre ces crochets [[ ]], pour le texte, ou ceux-ci [ ] pour les notes, est de moi. Comme j'ai rapporté textuellement les vingt premières feuilles déjà imprimées du 4e volume, j'ai ajouté, en tête de chaque opinion nouvelle de M. Carré, l'abréviation **Add.**, et j'ai placé, à la fin, l'abréviation **Carr.**: on distinguera ainsi aisément le texte ancien du texte nouveau de M. Carré, et de ce qui constitue mes observations personnelles.

Les nombreuses et importantes consultations que j'ai extraites des manuscrits de M. Carré ne portent pas les signes **Add.**, **Carr.**, parce que j'ai réservé ces signes pour les additions imprimées, et que j'ai indiqué chacune des consultations par sa date (1).

C'est avec un respect religieux que j'ai conservé le texte pur et fidèle des *Lois de la Procédure civile*. Ce n'est pas par voie de *correction* ni par voie d'addition que j'ai procédé, lorsque j'ai trouvé, soit dans les vingt feuilles du quatrième volume, soit dans les notes manuscrites du savant auteur, un changement même absolu d'opinion (2).

J'ai dû suivre le plan adopté par M. Carré dans ses *Lois de la Procédure civile*. J'ai fait mes efforts pour imiter le style simple et

---

(1) On peut en lire quelques-unes au t. 1, *Quest.* 26 *bis*, 373, 502 *bis*, et t. 2, *Quest.* 616 *quater*, 663, 975 *quater*, etc.

(2) J'ai souvent entendu faire le reproche à cet écrivain, honnête homme, d'annoncer

clair qui les distingue. Je n'ai conservé ma complète indépendance que pour l'examen critique de *toutes* les opinions de mon illustre devancier; lorsque j'ai approuvé, peu de mots ont suffi, à moins que la jurisprudence et la doctrine n'offrissent de nombreux et nouveaux documents. Lorsque je n'ai pas partagé le sentiment de M. Carré, il était de mon devoir de le combattre par des raisons, et je les ai développées: et, quoique M. Carré ait toujours eu le soin d'exposer les principes d'une manière lumineuse, pour ne pas faire une espèce de mosaïque en joignant des observations partielles aux divers alinéas de la dissertation dont je n'approuvais pas complétement les raisonnements, je me suis vu forcé, dans certains cas, d'exposer séparément ma doctrine (1).

De 1821 à 1840, la jurisprudence s'était enrichie de plus de cinq mille arrêts; des ouvrages du plus haut mérite avaient été publiés : on citait notamment Boncenne, Boitard, Dalloz, Thomine Desmazures, etc., etc. Les manuscrits de M. Pigeau avaient été mis en ordre par mon honorable ami M. Championnière (2) : que d'opinions nouvelles ou d'habiles discussions dans ces importantes publications! J'ai apporté le plus grand soin à grouper, sous les questions mêmes de M. Carré, ou sous un n *bis*, dans des questions analogues, et la jurisprudence et la doctrine. Je n'ai jamais abandonné le tableau que je présentais sans donner le résultat de mes propres méditations, et j'ai continué d'appliquer, dans l'examen des autorités, la maxime qui m'a toujours servi de guide : *Ponderantur, sed non numerantur.*

Certains auteurs ont discuté théoriquement, sans nommer ceux qu'ils combattent, tels sont Pigeau, Boitard, Thomine Desmazures, etc. ; d'autres ont quelquefois nommé ceux dont ils invoquent ou dont ils contestent les doctrines, tels sont Merlin, Boncenne, Favard de Langlade, etc. ; il en est au contraire qui ont toujours fait

---

des modifications d'opinions dans ses diverses éditions ; voici comment M. Carré justifiait cette habitude consciencieuse. p. 63 de ses vingt premières feuilles du t. 4e : « Nous dé« sirons qu'on trouve ici un exemple de la ferme résolution que nous avons prise d'être « avec sévérité le propre censeur de nos précédents travaux, en signalant avec franchise « et scrupuleusement les erreurs qui nous seraient échappées, encore bien que nous ne « soussions pas qu'elles eussent été remarquées par d'autres. C'est tout à la fois remplir une « obligation consciencieuse et acquérir un titre à la confiance. »

Après vingt ans d'enseignement et d'aussi importants ouvrages sur l'ensemble de la compétence et de la procédure, sa science ne pouvait être contestée : c'était (chose rare de nos jours) modestie et défiance de lui-même. Il eut cette ressemblance avec les célèbres jurisconsultes de Rome, qui, comme nous l'apprend M. Giraud, p. 279, d'après un passage d'Otton, donnaient une preuve de leur bonne foi dans l'émission de leur doctrine, en reconnaissant leurs erreurs et en rétractant leurs opinions hasardées.

(1) On en trouvera des exemples aux *Questions* 26, 101 *bis*, 355, 594, 595, 663, 739 *bis* 774 *bis*, 943, etc., etc.

(2) Cet excellent camarade vient d'être enlevé, à la fleur de l'âge, à sa famille, à ses amis; c'était un bon et un brave confrère, il avait la simplicité et la bonhomie de mœurs de nos anciens jurisconsultes.

connaître les diverses autorités, tels sont BERRIAT SAINT-PRIX, CARRÉ, DALLOZ, etc.

Pour suivre le plan des *Lois de la Procédure*, j'ai cité les auteurs qui n'avaient pas encore écrit en 1821.

Enfin, j'ai réuni tous mes efforts pour qu'on pût trouver promptement dans cette nouvelle édition, non-seulement l'examen consciencieux et la solution toujours motivée de toutes les questions, sans exception, qui ont surgi jusqu'à présent en procédure, et de plusieurs qu'on pouvait prévoir, mais encore la relation exacte de toutes les décisions en sens divers des auteurs et de la jurisprudence intervenues sur ces questions, avec leurs motifs pour et contre l'opinion que j'ai cru devoir soutenir, et l'appréciation des diverses nuances qui distinguent souvent les espèces. Autant que l'imperfection humaine le comporte, j'ai tâché de n'omettre *aucune question, aucun argument, aucun arrêt....*

M. Carré avouait que ses notes *Jurisprudence* étaient seulement une indication de la jurisprudence, sans approbation de la doctrine des arrêts (1). Nous pourrions même citer plusieurs articles où il a combattu, dans les questions, des arrêts semblables à ceux cités dans la note *Jurisprudence*. J'ai cru devoir modifier cette partie du travail de M. Carré, et ne placer un arrêt à la note *Jurisprudence* qu'après l'avoir examiné et en avoir adopté les principes. Aussi, les mots *nous pensons que* se trouvent-ils en tête de chaque note de cette nature. Les citations d'arrêt sans opinion appartiennent aux *Dictionnaires* ou aux *Codes annotés*, mais ne peuvent être en harmonie avec l'agencement d'un ouvrage de doctrine; seulement, toutes les fois

---

(1) On ne lira pas sans intérêt les détails d'une lutte scientifique engagée, à l'occasion de cette partie du supplément auquel travaillait M. Carré, entre cet honorable maître, M. DUVERGIER, M. VIVIEN et moi; son extrême modestie, qui lui faisait toujours douter de sa science, l'avait porté à nous soumettre, même ses feuilles imprimées. « Voici, m'écrivait-il le 18 décembre 1829, la 1re feuille; vous recevrez presque de suite la seconde. « J'aurais pu attendre pour vous envoyer les deux, mais je veux que vous et notre ami « Duvergier concertiez incontinent les *avertissements*. Renvoyez-moi la feuille avec TOUTES « LES CORRECTIONS que vous voudrez faire..... »

« Je mets la 3e feuille à la poste, me disait-il le 7 janvier 1830. Vous jugerez du travail « que je me donne, et j'espère avoir l'assentiment de Duvergier et le vôtre. Je suis tout à « cela maintenant, mais je ne puis aller aussi vite que je brûle du désir de le faire. Envoyez-moi ces épreuves corrigées par vous... Je compte fermement sur vos corrections, etc. »

MM. Vivien, Duvergier et moi, nous pensâmes que les notes *Jurisprudence*, que M. Carré ne voulait plus reproduire dans son supplément, étaient utiles. Voici ce qu'il me répondit :

Rennes, 23 décembre 1829.

« Mon cher ami,

« Je pense, comme le plus entêté Breton ou Picard, que vous, notre ami DUVERGIER et « M. VIVIEN, avez tort et très grand tort de tenir aux notices *d'arrêts*. Chauveau, vous allez « revoir vos cartons, mon bon ami, et, si vous n'êtes pas effrayé du nombre d'arrêts qui « composeront cette notice, de la place qu'ils occuperont, des contradictions entre telle ou « telle décision, sur lesquelles nous n'aurons pourtant fait aucune observation critique, « je m'humilie; mais, faites-y bien attention, j'ose prédire qu'en les insérant nous ne fini-

que M. Carré avait indiqué, par une ligne ou par un mot, qu'il partageait la solution de l'arrêt cité, je me suis empressé de conserver cette ligne et même ce mot, parce que mon premier devoir était de donner fidèlement une édition conforme à celle publiée du vivant du célèbre professeur (1).

Les auteurs ont presque toujours cité les *Lois de la Procédure civile* par le numéro de la question. Ces citations seront encore exactes pour mon édition, puisque je n'ai changé aucun numéro de M. Carré : les additions de ses feuilles imprimées, les consultations que j'ai puisées dans ses précieux manuscrits, et toutes les questions neuves que j'ai traitées, sont indiquées sous chaque article, à leur place la plus logique, par les signes *bis, ter, quater,* etc. J'ai parfois intercalé jusqu'à *treize* questions nouvelles. Je crois pouvoir affirmer que les augmentations, produit du travail inédit de M. Carré et de mes additions, doublent au moins l'étendue du texte ancien des *Lois de la Procédure.*

Les éditeurs ont choisi le format in-8° plus commode, plus portatif, et un caractère très compacte. Si ce format et ce caractère n'avaient pas été adoptés, l'ouvrage eût eu plus de douze volumes, et le prix eût été beaucoup plus élevé, tandis qu'il a été maintenu au taux primitif.

« rons point à l'époque convenue (*)..... J'ai, sur la *Conciliation*, plus de 150 arrêts dans « vos cartons; je viens d'en compter 91 sur l'art. 59 seulement : il faut refaire la feuille 17 « que vous ne m'avez pas renvoyée, et quand ces notices, qui vont me prendre beaucoup « de temps, seront imprimées, vous verrez à combien s'élèvera la pagination. Vos argu- « ments ne me touchent en rien. Vous me dites que l'on croira que je tiens en réserve « pour d'autres suppléments une *pacotille* d'arrêts; mais, comme je crois l'avoir écrit à « vous ou à M. Duvergier, je reporterai dans la préface la note de la feuille 17 : cela ré- « pondra au soupçon (**)..... Est-il donc possible, et combien cette situation est cruelle, « de ne pouvoir faire passer dans l'esprit des autres une conviction que l'on trouve si in- « timement dans son esprit? Eh bien! je serai mille fois reconduit *ad triremes* avant qu'on « me fasse changer d'idée sur ce point..... Je regretterai qu'un jour on soit obligé de con- « venir que j'avais raison ; cela arrivera, n'en doutez pas. Au surplus, mon ami, que ces « observations, contraires à la manière de voir d'amis qui n'ont qu'un même but, ne soient « pas prises en mauvaise part... Adieu, mon ami, je connais votre cœur; vous m'avez « prouvé votre amitié, j'y compte, et je ne veux plus disputer avec vous que sous ce der- « nier rapport à qui des deux l'emportera, et nous serons à égalité ensuite.

« Tout à vous de cœur, « CARRÉ. »

M. CARRÉ néanmoins continua à insérer sous chaque article ses notes *Jurisprudence.* Ce sont les observations de notre auteur, qui m'ont fait sentir la nécessité de donner à ces notes, que j'ai cru devoir conserver, un intérêt doctrinal, qu'elles n'avaient pas dans les *Lois de la Procédure*, puisqu'elles n'étaient dans l'esprit de l'auteur qu'un simple rappel de notices.

(1) On en trouvera deux exemples aux notes du t. 2, p. 220, *Quest.* 739 *bis*, §§ 13 et suiv., p. 634, art. 279.

(*) Il était pressé par l'éditeur Mad. Béchet, car le 9 août 1830, il m'écrivait : « *Amitiés à tous nos amis, vous recevrez une épreuve demain; je suis arrivé au titre des* Jugements : *que Mad. Béchet ne s'impatiente donc pas, devrais-je mourir à la peine, nous finirons...* » Il est mort à la peine... et il n'avait pas fini...

(**) Dans cette note, M. Carré se contentait, pour la jurisprudence, de renvoyer à la nouvelle édition alphabétique du *Journal des Avoués.*

J'ai fait une addition dont je dois parler, puisqu'elle s'écarte du plan de M. Carré. J'ai ajouté à la *Conférence des lois et Ordonnances*, placée sous chaque article, un renvoi : 1° aux Tables et Dictionnaires de MM. Devilleneuve et Armand Dalloz; 2° à mon Dictionnaire général de procédure; 3° à mon Commentaire du tarif; 4° *à chaque passage des discussions du Code avec indication du tome et de la page de* Locré; 5° enfin, à tous les passages corrélatifs des ouvrages de M. Carré, tels que sa *Compétence* et son *Traité des Justices de Paix*. Pour faciliter les recherches, j'ai placé également, à la suite de la conférence, un sommaire de toutes les questions avec renvoi au numéro de la question (1).

M. Carré avait l'habitude de ne citer qu'un recueil de jurisprudence; quelquefois cependant, lorsque l'arrêt était d'une haute importance, il citait deux arrêtistes. J'ai suivi la même marche, parce qu'il eût été fastidieux d'ajouter *une ligne de chiffres* à chaque date d'arrêt. Le plus souvent, j'ai indiqué le *Journal des Avoués*, sa spécialité lui a permis de rapporter beaucoup plus d'arrêts de procédure que les autres recueils. On pourrait d'ailleurs se contenter maintenant de citer les arrêts par leur date, car la table générale de M. Devilleneuve, le Dictionnaire si complet de M. Armand Dalloz, et notre Dictionnaire général de procédure, sont accompagnés de tables *chronologiques* très exactes. Quant au Journal du Palais, la nouvelle édition sera achevée au moment où paraîtra notre dernier volume des *Lois de la procédure*. Sans prendre parti dans la grande querelle des *Ordres alphabétique et chronologique*, qui a soulevé presque autant de débats que le romantisme et le classicisme, je puis dire que cette édition rend un véritable service à la science. L'ordre chronologique y est observé avec une si minutieuse exactitude, que l'on trouve un arrêt, sous quelque date qu'il ait été déjà ou cité ou rapporté par un auteur ou par un arrêtiste : la décision est à sa véritable date, et aux autres fausses dates est maintenue une citation avec renvoi à la véritable.

Qu'il me soit permis de terminer, comme mon illustre maître, l'avertissement que je devais à mes lecteurs.

Puissent la magistrature et le barreau accueillir avec bonté l'hommage de ces travaux.

Les ouvrages spéculatifs sont utiles aux nations; l'esprit se complaît dans l'examen des théories; mais, si les travaux pratiques sont moins brillants, faits consciencieusement, ils peuvent aussi rendre service à tous en facilitant l'exercice des droits de chacun.

---

(1) On pourra juger, sous l'art. 61, de l'utilité de ce sommaire, qui, quoique imprimé en caractère *mignonne*, occupe deux pages. Le nombre des questions de cet article s'élève à 72.

NOTICE BIOGRAPHIQUE SUR M. CARRÉ [1].

CARRÉ!

Ce nom résume toute une vie de malheur, de savoir et de probité. Cet homme qui, depuis trente ans, consumait au travail toute son existence; ce professeur, père de tous ses élèves; ce citoyen, vénéré par ses compatriotes; ce savant modeste, dont l'amitié était recherchée par les premiers jurisconsultes de France et de l'étranger; celui dont la place était marquée à la première Cour du royaume; Carré m'écrivait, le 1er janvier 1832, trois mois avant sa mort : *Je reste, la plupart du temps, accablé et sans énergie dans un fauteuil que je mouille de mes pleurs... Serait-il écrit sur mon bureau, comme sur la porte de l'enfer du Dante :* ICI, PLUS D'ESPÉRANCE...?

Quelles graves et tristes réflexions viennent nous assaillir, lorsque nous voyons le malheur poursuivre avec acharnement l'homme vertueux, le travailleur, le bon citoyen, tandis que la Fortune accorde trop souvent ses faveurs capricieuses aux hommes les plus souples ou les plus intrigants...

CARRÉ (Guillaume-Louis-Julien) est né à Rennes, le 21 octobre 1777. Après avoir payé sa dette à la patrie, en combattant sous le drapeau national, il étudia les lois, et surtout les lois de procédure.

L'étude de la procédure, trop souvent négligée, fut ravivée par ses leçons particulières avant d'être enseignée dans un cours public; digne émule du savant et modeste Pigeau, il pensa que les formes étaient utiles à étudier, puisque de leur observation peut dépendre la fortune des familles.

Il savait allier cette étude spéciale et ses cours particuliers à l'exercice de la profession d'avocat. Presque toutes les causes criminelles, soit devant les tribunaux ordinaires, soit devant le conseil de guerre, étaient plaidées par Carré. A la même époque et en l'an XI, il était membre du Comité consultatif des hospices, en l'an XII, du Comité de jurisprudence charitable.

C'est ainsi qu'il dépensait, au profit des malheureux, cette active bonté de cœur qui ne s'est jamais démentie dans le cours de sa laborieuse carrière.

Sous la direction du célèbre Lanjuinais, l'école de droit de Rennes devait reprendre son antique splendeur; déjà elle possédait Toullier, dont l'esprit profond méditait, à cette époque, l'ouvrage qui devait lui mériter ce beau, ce glorieux surnom de *Pothier moderne*. Carré fut appelé à la chaire de procédure civile; dans le long exercice de ce professorat, il ne fut point un maître enflé de savoir, le distribuant à regret : il fut toujours un bon père instruisant ses jeunes élèves, qu'il appelait ses enfants; aussi lui avait-on donné le doux nom de *bon père Carré*, et il me disait avec attendrissement : *Ce surnom fait mon bonheur.*

Aussi bon citoyen qu'excellent professeur, il était aimé, il était chéri de tous; aux époques les plus difficiles, les plus orageuses, Carré se montrait à tous, et tous cédaient à ses prières : Carré, dans son pays, exerçait la puissance

---

(1) Pour qu'on puisse apprécier le noble caractère de M. Carré, j'ai cru devoir donner une courte notice sur sa vie et sur ses ouvrages. On peut consulter deux articles biographiques fort étendus et fort intéressants, l'un de M. Leroux, son gendre, conseiller à la Cour royale de Rennes, imprimé en tête de la continuation de M. Toullier; l'autre par M. Waldeck-Rousseau, avocat distingué au barreau de Nantes, ce dernier, élève de M. Carré.

magique d'apaiser le flot populaire; et, chose digne de remarque, cette puissance, qu'il exerçait avant 1830, il l'exerçait encore au moment de sa mort, en 1832!...

En 1829, notre collaboration commune m'appela à Rennes; je ne connaissais pas la ville; Carré voulut me servir de *cicerone;* j'étais heureux, et je fus bientôt fier de lui donner le bras, car partout où nous passions, non-seulement nous étions accueillis par des salutations, mais encore des bénédictions nous accompagnaient.

A Rennes, et dans toute la Bretagne, le nom de Carré était chéri et vénéré. En 1827, il fit, avec son fils aîné, un voyage dans le Morbihan, le Finistère, les Côtes-du-Nord, etc. Ce fut partout fête de famille; ses anciens élèves se réunissaient sur son passage pour le voir, lui parler et l'embrasser encore: n'était-ce pas là le *bon père Carré?*

Notons bien, comme chose rare dans ces temps de fièvre politique, qu'aucun sentiment de cette maladie absorbante ne troublait la pureté de la joie que manifestaient, autour de leur ancien professeur, les élèves de toutes les positions.

Un des plus beaux traits de cette vie si agitée a été la cause principale de ses malheurs.

A la mort de son père, Carré ne recueillit que des dettes; et, pour conserver intacts le nom et la mémoire de celui à qui il devait le jour, sentiment sublime et si souvent méconnu, il contracta des engagements imprudents. Il présuma trop de la facilité de ceux qui trouvaient en lui un débiteur bénévole, et de son zèle énergique pour le travail.

Depuis l'époque fatale où il s'engagea, jusqu'à sa mort, Carré a vécu malheureux. Que de fois ce cœur brisé a cherché des consolations dans des confidences amicales.

Carré crut un moment, en 1830, époque à laquelle tous ses concitoyens sollicitaient vivement sa nomination à la première présidence de la Cour de Rennes, qu'il allait recevoir la récompense de ses travaux. Une place lui était due à la première Cour du royaume, à côté des Carnot, des Zangiacomi, des Tripier, des Lasagni. Une place lui fut promise; cette place fut donnée à un autre.

Il retourna à Rennes le cœur navré, et là, en historien fidèle, nous devons lui adresser un reproche :—Carré manqua de courage; l'adversité, la déloyauté des hommes l'accablèrent; il succomba à la douleur.

C'est à l'École de Droit, au milieu de ses enfants, qu'il a voulu mourir, le 14 mars 1832...: son convoi fut un deuil public.

Un homme capable, et digne de juger le *bon* Carré, car lui aussi a acquis le nom d'amitié dans le cercle de son intimité, le savant continuateur de Toullier M. J.-B. Duvergier, a dit, à la fin de sa préface :

« Carré..., cet excellent homme qu'ont aimé tous ceux qui l'ont connu, qui « placé au premier rang dans la science, et au milieu des relations les plu « élevées, était resté simple, accessible à tous, tendant la main au plus inconnu « se faisant l'égal des plus petits. Noble et bon caractère, dont le souvenir m'es d'autant plus cher, que j'en ai bien peu rencontré de semblables... »

Éloge simple, et qui peint tout à la fois Carré et son biographe.

ABREVIATIONS (*).

C. C., C. civ.	Code civil.
C. d'inst. crim.	Code d'instruction criminelle.
C. de comm.	Code de commerce.
C. de pr.	Code de procedure civile.
Caen.	Arrêt de la Cour de Caen.
Cass.	Arrêt de la Cour de cassation.
Devill.	Devilleneuve, continuateur de Sirey.
D., an, part., p.	Dennevers ou Dalloz, an, partie, page.
J. Arr.	*Journal des Arrêts.*
J. Av.	*Journal des Avoués.*
J. Av., anc. éd.	*Journal des Avoués*, ancienne édition.
J. P., 3e édit.	*Journal du Palais*, troisième édition.
Notre Dict. gén. de pr.	Notre Dictionnaire général de procédure.
Nouv. Rép.	*Nouveau Répertoire.*
PIGEAU. / PIGEAU, *Proc. civ.*	PIGEAU, *Procédure civile.*
PIG., *Comm.* / *Comm.*	PIGEAU, *Commentaire.*
Prat. franc.	*Praticien français.*
Rép.	*Répertoire* de M. Merlin.
S., t., part., p.	Sirey, tome, partie, page.
T. 29, etc.	Tarif, art. 29, etc.

NOTA.—Les abréviations de la première partie du tome V ont été placées en tête de ce même volume.

(*) J'ai fort peu d'abréviations à indiquer, parce que j'ai préféré citer en toutes lettres les noms des auteurs, ce que M. Carré avait toujours fait.

INTRODUCTION

GÉNÉRALE (1 et 2)

A LA PROCÉDURE CIVILE

ET

A LA PRATIQUE JUDICIAIRE (3)

LIVRE PREMIER.

PROCÉDURE CIVILE.

TITRE Ier

Objet et définition de la procédure. — Son utilité. — Nécessité de l'étudier, sous les deux rapports de la théorie et de la pratique.

1. Les lois civiles, qui règlent les droits et les devoirs réciproques des individus concernant leurs intérêts privés, ont pour garantie et

---

(1) [Nos lecteurs, qui auront parcouru notre préface, comprendront qu'en faisant une nouvelle édition des lois de la Procédure, nous n'avions rien à changer à l'Introduction de notre savant maître.

Cette Introduction renferme la pensée complète de M. Carré sur l'ensemble de la Procédure; y intercaler des réflexions ou des critiques, c'eût été en rompre l'unité; nous avons préféré donner, en forme de commentaires, nos idées générales sur les articles mêmes du Code lorsque nous l'avons jugé nécessaire. (Voy. l'art. 159, *aux jugements par défaut, Q.* 663 et l'art. 173, *aux exceptions, Q.* 739 *bis.*)

Du reste, en rapprochant le travail de M. Carré du 1er volume de la théorie de M. Boncenne, ouvrage si élégant et si profond, on aura l'ensemble des règles théoriques qui dominent nos lois de procédure et de compétence.]

(2) [Nous conservons en note les additions que M. Carré avait faites lui-même, et qu'il aurait publiées en tête de son 4e volume supplémentaire dont plusieurs feuilles étaient déjà imprimées, en 1831, lorsqu'il est mort.]

(3) Les principes généraux de doctrine et de pratique que nous avons développés dans cette Introduction, sont, de leur nature, pour ainsi dire invariables. Aussi, la jurisprudence des arrêts, les ouvrages qui ont paru depuis la publication des trois volumes qui précèdent, ne contiennent aucune décision, n'établissent aucune controverse, qui puissent exiger quelques changements ou modifications, soit à ces principes en eux-mêmes, soit aux applications que nous en avons faites. Nous n'avons donc que peu d'observations à faire sur cette Introduction. (Addit. de M. Carré, 1831.)

pour sanction l'institution du pouvoir chargé de les appliquer (1).

2. Mais cette institution n'aurait pu atteindre suffisamment son but, si le législateur n'avait en même temps déterminé comment les citoyens pourraient réclamer du magistrat la justice qui lui est due, et faire parvenir la vérité jusqu'à lui.

Il n'était pas moins nécessaire de renfermer l'autorité judiciaire dans de justes limites, de lui tracer une forme de procéder régulière, d'indiquer enfin les voies à suivre, soit pour se pourvoir contre ses décisions, soit pour les faire exécuter.

3. De là l'établissement des formalités judiciaires qui, dans leur ensemble, constituent ce qu'on appelle la *procédure* (2).

La procédure n'est donc autre chose en général que la forme suivant laquelle les justiciables et les juges doivent agir, les uns pour obtenir, les autres pour rendre justice.

4. Elle est criminelle ou civile, suivant que la justice doit être rendue, soit à l'occasion d'un fait que la loi, autant pour le bien général que pour l'intérêt privé, a déclaré punissable, soit à l'occasion de toute contestation purement civile. Nous n'avons point à nous occuper ici de la *procédure criminelle.*

5. *Pothier* définit la procédure civile : « La forme suivant laquelle « on doit intenter les demandes en justice civile, y défendre, instruire, « juger, se pourvoir contre les jugements et les faire exécuter. » Et, en ce peu de mots, ce grand jurisconsulte a indiqué toute la marche d'une affaire contentieuse (3).

6. Mais cette définition si simple et si juste n'empêche pas que les règles de la procédure ne soient très étendues ; la loi doit, en effet, dans toutes les circonstances et à toutes les époques de la poursuite judiciaire, offrir, tant aux magistrats qu'aux justiciables, les garanties les plus solides contre l'erreur et les surprises ; elle doit signaler, proscrire, et surtout prévenir les abus ; elle doit rendre facile au juge la recherche de la vérité et prémunir sa conscience contre les piéges que la mauvaise foi ne cesse de lui tendre

C'est la réunion de ces dispositions qui forme le *Code de procédure civile.*

7. La perfection de ce Code consiste à éclairer la marche de la justice sans l'embarrasser ni la retarder : ne rien prescrire qui ne soit utile ne rien omettre de ce qui est nécessaire, telles doivent en être les bases ; donner les moyens de parvenir, dans le moins de temps et avec le

---

(1) Nous avons rassemblé et expliqué, dans notre Traité de l'organisation et de la compétence des tribunaux civils de France, toutes les lois relatives à cette matière.

(2) Ce mot dérive du latin *proceædre,* s'avancer, marcher. Ainsi, *la procédure* est une manière d'agir, une marche à suivre.

(3) Voy. ci-après les distinctions à faire entre la procédure judiciaire et la procédure extrajudiciaire, nos 26 et 27.

moins de frais possible, à la découverte de ce qui est vrai et juste, tel en est le but (1).

8 Néanmoins, quoique le législateur n'ait rien négligé pour atteindre ce degré de perfection, on ne peut se dissimuler que ses efforts n'ont pas toujours eu tout le succès désirable. C'est un inconvénient inséparable de la difficulté d'appliquer les principes du droit naturel et les règles générales de la législation positive à celle de toutes les branches de cette législation qu'il est peut-être le plus difficile de soustraire totalement à l'arbitraire (2).

9. D'une part, cette imperfection inhérente en quelque sorte aux lois de la procédure, de l'autre la nécessité d'en garantir l'exécution par des nullités et des déchéances tellement rigoureuses que souvent elles emportent la perte du droit même des parties, quelque bien établi qu'il fût au fond; enfin, la facilité de quelques personnes qui, abusant de tout, ne trouvent que trop souvent à éluder la loi, ont rendu la pratique judiciaire un objet de critique et de reproches. On s'est récrié contre certaines formalités, inutiles et minutieuses en apparence, et l'on a même voulu en retrancher les plus essentielles.

10. Mais, quoi qu'il en soit de cette prévention, qui, au reste, n'est élevée que par des personnes étrangères au barreau, et qui n'ont pas l'expérience nécessaire pour juger en parfaite connaissance de cause, il est généralement reconnu, par les hommes qui ont approfondi la

---

(1) Observations préliminaires du projet rédigé en 1804.

(2) Ainsi, rapidité dans la marche et économie dans les frais, autant que ces deux objets sont compatibles avec une instruction suffisante, voilà ce que les législateurs ont toujours cherché à obtenir en matière de procédure, et en quoi ils ont plus ou moins réussi. Il suffit de jeter un coup d'œil sur les lois, tant anciennes que modernes, pour être convaincu que tel a été leur système constant. Ce qui ne laisse aucun doute à cet égard c'est qu'ils ont préféré souvent de modifier l'application d'autres principes, afin d'obtenir et cette briéveté et cette économie. Ils ont introduit, par exemple, l'exception de litispendance, en vertu de laquelle on a le droit de demander le renvoi d'une cause à un tribunal saisi d'une cause connexe; celle de garantie, qui autorise à faire suspendre le jugement de l'action principale pendant le délai nécessaire pour appeler le garant, et qui, en outre, force le garant de plaider hors de sa juridiction naturelle.

Ces dispositions et autres semblables, telles que celles qui prescrivent la jonction de causes connexes, le délai commun accordé à plusieurs défendeurs domiciliés à différentes distances, la faculté d'intervenir, l'obligation de juger les causes en état, quoique interrompues par décès de l'avoué ou de la partie, toutes ces dispositions, modifiant ou restreignant les droits que les principes généraux de la matière accordent aux parties, n'ont pu être portées que parce qu'elles étaient conformes aux deux grandes considérations de la briéveté et de l'économie : il importe donc de ne pas les perdre de vue, parce qu'elles deviennent d'une application fréquente, soit pour reconnaître l'intention du législateur, quand il a prescrit ou défendu certaines formes, soit quand il s'agit d'interpréter une disposition obscure ou douteuse. C'est en les prenant pour règle, que les auteurs du Code se sont attachés à n'ordonner que des formalités indispensables, et qu'ils ont supprimé beaucoup d'actes inutiles, comme les présentations, et les défauts faute de se présenter et de se défendre; actes qui retardaient sans nécessité la procédure, et augmentaient les frais... (*Voy. Berriat Saint-Prix.*)

science du droit, que les règles et les formalités de la procédure écartent en général de l'administration de la justice le désordre, l'arbitraire et la confusion, et qu'elles empêchent que les citoyens ne soient traduits devant des juges qui ne leur seraient pas donnés par la loi;

Elles préviennent le danger des erreurs, en donnant à l'instruction sur le fait et sur le droit assez d'étendue pour éclairer le juge, et assez de simplicité pour écarter presque toujours la chicane et ses vexations;

Elles garantissent le repos des familles par des prescriptions utiles et par de sages présomptions;

Elles donnent toute la latitude nécessaire à une légitime défense, et assurent la propriété par des délais précis, des observances et des ressources tutélaires;

Elles arrêtent enfin la précipitation des jugements, en prescrivant de sages lenteurs, et bannissent l'arbitraire, en faisant à chaque instant sentir au juge l'empire de la loi sous les ordres de laquelle il agit, et dont il doit suivre toutes les impulsions.

Au reste, toutes les inculpations dirigées contre la procédure viennent échouer contre cette remarque du premier de nos publicistes. « Il y a toujours trop de formalités, si l'on consulte le plaideur de « mauvaise foi qu'elles gênent, dit Montesquieu; il y en a toujours trop « peu, si l'on consulte l'honnête homme qu'elles protégent; leur mul- « tiplicité, leurs lenteurs, les frais qu'elles occasionnent, sont comme le « prix que chacun donne pour la liberté de sa personne et pour la sû- « reté de ses biens (1). »

11. De l'utilité de la procédure, mais aussi de la facilité que l'on peut trouver à en abuser, dérive la nécessité de l'étudier et de l'étudier dans toute sa pureté. On sait d'ailleurs qu'il n'est pas de cause, pour ainsi dire, qui ne présente à traiter des questions de forme souvent subtiles et épineuses, qui, comme nous l'avons dit, peuvent fréquemment décider du fond, et sur lesquelles on ne saurait acquérir assez de lumières par la simple pratique.

---

(1) Cependant, et c'est un rapprochement assez curieux pour être remarqué, Montesquieu avait écrit auparavant, dans ses *Lettres persanes* : « Il serait assez difficile de décider si la forme s'est rendue plus pernicieuse lorsqu'elle est entrée dans la jurisprudence, ou lorsqu'elle s'est logée dans la médecine; si elle a fait plus de ravages sous la robe d'un jurisconsulte que sous le large chapeau d'un médecin, et si, dans l'une, elle a réuni plus de gens qu'elle n'en a tué dans l'autre. »

Cette contradiction peut étonner au premier coup d'œil, mais elle s'explique: lorsqu'il écrivit ses *Lettres persanes*, Montesquieu, jeune encore, n'avait pas mûri ses idées et creusé la science de la législation, comme à l'époque où il écrivait l'*Esprit des Lois*. Il ne vit, dans la procédure, que l'abus et le ridicule de certaines formes; il les frappa du trait de la satire; plus tard il en sentit l'importance et l'utilité, et les fit ressortir avec son énergie ordinaire.

12. Ainsi, l'on était tombé dans une étrange méprise en négligeant, dans les anciennes universités, l'enseignement de la procédure, comme si le temps passé à écrire des actes isolés, sans avoir préalablement acquis la connaissance de leurs motifs, de leur but, des rapports qu'ils ont entre eux, de leurs effets, pouvait produire autre chose que de graver des formules dans la mémoire et d'exposer le praticien aux plus déplorables erreurs, toutes les fois que les circonstances d'une affaire l'écarteraient de sa routine; comme si la science n'était pas indispensable pour agir avec discernement et sécurité; comme si l'avocat n'avait pas aussi souvent à consulter ou à plaider sur la forme que sur le fond des procès, et n'avait pas besoin, dans l'un comme dans l'autre cas, d'interpréter les textes par les principes de la doctrine et par l'esprit de la loi, que l'on ne saurait bien saisir sans elle!!

« Quelques jurisconsultes, disaient les rédacteurs du projet, ont négligé dans leur jeunesse l'étude des formes judiciaires; ils en ont presque toujours été punis par la nécessité où ils se sont trouvés de recourir à des lumières étrangères, pour suppléer à l'instruction qu'ils avaient dédaignée (1). »

---

(1) Dire que la procédure n'est qu'un art qui ne s'apprend que par l'usage, c'est, en quelque sorte, l'assimiler à ces métiers où la main seule agit, où il ne faut nulle méditation, mais seulement de l'exercice et de l'habitude; c'est énoncer une aussi grande absurdité, que si l'on osait avancer qu'avant d'écrire il n'est pas besoin de penser.

Ajoutons que les lois de la procédure, comme toutes les autres, ont besoin d'être interprétées par les principes qui leur servent de base; que l'on doit, dans leurs dispositions, consulter également plutôt l'esprit du législateur que les lettres et les mots qui servent d'expression à la pensée; qu'ainsi, la doctrine ne peut être séparée de la pratique. La théorie éclaire la pratique, et garantit des préjugés et des erreurs dont l'esprit serait imbu, si l'on ne suivait que l'usage; la pratique à son tour, fécondant les principes de la théorie, complète des connaissances qui, sans elle, seraient évidemment imparfaites.

Nous sommes donc bien fondé à considérer, comme une importante amélioration apportée dans le système du droit, l'établissement d'un cours spécial, dont l'objet est d'exposer et de développer la théorie de la procédure civile, et d'expliquer d'après elle les textes de la loi. Ce n'est qu'après avoir profité d'un tel enseignement, que l'on peut retirer de l'usage une utilité réelle.

Étudier la procédure sous ce double rapport, afin d'apprendre à n'agir qu'avec discernement, à ne rien faire sans en connaître le but et l'utilité, tel doit être conséquemment l'objet, nous ne dirons pas seulement de ceux qui n'aspirent qu'au droit de représenter les parties devant les tribunaux, sous le titre d'avoués, mais encore de ceux qui se destinent à y paraître dans un rang plus élevé, comme magistrats ou comme jurisconsultes. Combien un avoué qui ne connaîtrait que sa routine ne serait-il pas exposé à compromettre les intérêts de sa partie et les siens propres, puisque la loi le déclare responsable de sa négligence et de ses fautes!

Et si, comme nous le disons, les avocats sont aussi souvent consultés sur les voies de procéder que sur les résultats futurs des procès; si, dans les causes qu'ils ont à défendre au barreau, il n'en est pas une qui ne présente des questions de compétence et de procédure; quelle ne serait pas l'humiliation de celui qui, contraint d'avouer qu'il ne possède que la moitié des connaissances nécessaires à sa profession, se verrait forcé de recourir pour l'autre aux officiers ministériels qui lui sont inférieurs dans l'ordre des fonctions, comme ils sont présumés l'être dans l'ordre de la science!

Quelle ne serait pas aussi la honte d'un

13. Pour se livrer à cette étude avec plus de fruit et de facilité, il convient de suivre une méthode que des professeurs célèbres ont indiquée pour l'enseignement de diverses branches du droit.

Cette méthode exige que l'étudiant embrasse d'un seul point de vue l'ensemble et l'esprit du Code qui contient les lois relatives à la partie dont il s'occupe.

Il doit donc connaître avant tout l'histoire de ce Code, l'esprit général dans lequel il est rédigé, la réunion des matières qu'il régit, le plan suivant lequel elles sont traitées, leurs rapports avec les maximes fondamentales du droit en général, et enfin les règles d'interprétation qui leur sont applicables.

Tel est l'objet des titres suivants.

TITRE II.

Du Code de procédure civile.

—

CHAPITRE PREMIER.

Notices historiques sur ce Code et sur les lois qui l'ont précédé. — Son esprit général.

14. Avant la publication du Code de procédure, les formalités que l'on suivait en France pour l'administration de la justice civile étaient en grande partie celles que prescrivait l'ordonnance de 1667.

Cette loi était l'ouvrage des magistrats les plus éclairés du 17e siècle, le résultat de la science et de la méditation la plus profonde ; elle offrait ce qu'il y avait de plus sage et de plus complet sur la pratique judiciaire et le Code actuel a dû nécessairement y puiser les dispositions dont une longue expérience avait prouvé l'utilité.

15. Elle-même avait eu pour modèles d'anciennes ordonnances parmi lesquelles les établissements de saint Louis font époque ; mais on cite particulièrement celles de 1539, 1560, 1570 et 1629, dont on retrouvait les sources dans quelques lois romaines, dans les Capitulaires,

---

magistrat, auquel nulle branche de droit ne saurait être étrangère, et qui ignorerait cependant celle-là précisément qui n'existe que pour diriger les officiers ministériels, qu'il doit tenir sans cesse sur la voie qu'elle leur trace, et pour éclairer constamment la marche qu'il doit suivre lui-même ! Quoi qu'il en soit, l'étude de la procédure est extrêmement négligée, et ce serait un grand abus à signaler, s'il était possible qu'il existât, que l'élévation subite aux fonctions de la magistrature d'un jeune licencié, quittant les bancs de l'école, sans connaître les lois qui déterminent les attributions du juge, ou qui règlent la marche qu'il doit tenir pour les exercer. — (*Voy. notre Traité des lois d'organ. et de compét. édition in-4°, t. 1, p. 116, et édition de M. Victor Foucher, t. 1, p. 367.*)

dans les écrits des plus anciens praticiens, mais surtout dans les Règles ecclésiastiques, que l'on peut justement considérer comme renfermant les éléments que le génie et la raison ont développés dans les lois de la procédure (1).

---

(1) Les recherches historiques que l'on pourrait faire sur l'origine et les progrès de la procédure, offriraient moins d'importance et d'utilité que celles qui auraient pour objet les autres branches de la législation publique ou privée.

M. Meyer, dans l'introduction à son savant Traité des institutions judiciaires, a énoncé une proposition dont la vérité ne peut être contestée, lorsqu'il a dit que l'on chercherait vainement dans l'histoire l'exemple d'un peuple qui, sans avoir perdu son indépendance et son existence nationale, ait adopté la procédure d'une autre nation, et que si l'Europe entière a longtemps obéi aux lois civiles des Romains, si plusieurs peuples les suivent encore, il n'en est aucun qui ait emprunté sa procédure.

Si, en effet, l'on excepte quelques règles relatives aux actions, aux exceptions, à l'exercice de la juridiction, aux droits de défense des parties, aux divers genres de preuves, nous ne trouvons rien d'analogue entre les formes judiciaires des Romains et celles qui ont été admises parmi nous. Nous ne dirons donc qu'un mot sur cette partie de la législation romaine, pour tracer ensuite une légère esquisse de ce que nous pensons devoir particulièrement intéresser dans l'historique de nos lois de procédure.

Les lois des Douze Tables n'avaient point déterminé la manière dont les citoyens exerceraient leurs droits devant le magistrat. Elles ne contenaient que la théorie de la justice positive, et ce que nous appelons vulgairement la pratique était encore à faire.

Pour y suppléer, les jurisconsultes inventèrent les formes publiques, que l'on nomme *les actions de la loi, actiones legis*.

On ne comprenait pas seulement sous ce nom les actions judiciaires, on l'appliquait encore aux actes purement *légitimes* qui se faisaient hors de la présence du juge, et qui avaient aussi leurs solennités. Les patriciens, jaloux de leur autorité et voulant se rendre nécessaires à la classe plébéienne, tinrent longtemps secrète la connaissance de ces formes. Ils avaient attaché à leur observation une rigueur extrême. Les moindres omissions formaient des nullités absolues. Aussi consultait-on les patriciens comme les oracles de la loi, et la clientèle que chacun d'eux se créait ainsi lui assurait autant de suffrages dans les assemblées publiques.

Flavius, fils d'un affranchi, parvint à soustraire le livre des actions et le rendit public. Le peuple acquitta une dette de reconnaissance, en le nommant édile.

Ces formes, ces solennités, dont le nombre s'était encore accru, lorsqu'*Ælius* composa son ouvrage, auquel on donna le nom de droit *Ælien*, consistaient moins dans une rédaction consacrée pour chaque acte que dans certains signes symboliques, tel que le don d'un anneau dans les promesses de mariage, la jonction des mains droites pour exprimer le mandat.

On ne tarda pas à substituer des signes écrits ou des notes abrégées. Enfin Théodose le jeune abolit tout ce qui, n'étant pas symbolique ou de pure formule, n'ajoutait rien à l'essence de l'acte.

Nos annales ne nous présentent que des obscurités sur l'origine et les premières révolutions de nos lois. Suivant Montesquieu, le domaine du pays des Francs fut régi, sous la première race, par le Code théodosien et les lois saliques. Les Bourguignons et les Visigoths eurent également des lois écrites; mais les invasions des Normands, les guerres intestines et la barbarie qui en fut la suite, firent tomber toutes ces lois dans l'oubli : on perdit même en France l'usage de l'écriture.

Cependant au milieu de ces troubles, diverses coutumes locales se formaient peu à peu. Déjà le régime féodal avait introduit un autre état des personnes et de nouvelles règles sur la transmission des biens, ces deux bases premières de toute législation.

La procédure n'existait point encore; du moins ne peut-on nommer ainsi l'usage barbare du combat judiciaire, qui avait remplacé la preuve par le serment.

Saint Louis parut, et tout prit une face nouvelle. Le combat judiciaire fut aboli, le sang ne fut plus le seul interprète du bon

16. Cependant l'ordonnance de 1667 n'était pas exempte de défauts : on lui reprochait une classification peu naturelle des matières ; un grand nombre de lacunes obligeaient de suppléer à ses dispositions par les ordonnances antérieures, par les arrêts et règlements des Cours souveraines, et par les décisions de ses nombreux commentateurs. On lui reprochait, enfin, des vices de détail que l'expérience avait démontrés, et qui avaient occasionné de grands abus de la part des officiers ministériels (1). En 1790, elle se trouvait en opposition avec la nouvelle organisation de la justice civile.

17. Ces reproches servirent de prétexte à la loi si connue du 3 brumaire an 2, qui, en supprimant les avoués, abrogea de fait la plupart

---

droit, et les plaideurs remirent le glaive entre les mains de la justice, qui ne s'en servit plus que pour frapper les criminels. Des tribunaux supérieurs furent institués pour réformer les sentences arbitraires des juges des baronies (*). Quelques règles furent données sur la forme de procéder; mais ce fut sous Philippe-le-Bel que le régime judiciaire prit une véritable consistance, et que les formes de la procédure commencèrent à s'épurer. Les circonstances nous paraissent assez curieuses pour être rapportées.

Deux grands événemens presque contemporains, le parlement rendu sédentaire à Paris, et la translation du Saint-Siége à Avignon, amenèrent cette révolution.

Tous les tribunaux, les avocats, les jurisconsultes attachés à la cour de Rome, vinrent à la suite de Clément V s'établir en deçà des Alpes. A cette époque, il n'y avait pas de pays où la procédure pût rivaliser avec celle d'Italie, puisée tout entière dans les lois canoniques.

Quelques avocats français se rendirent à Avignon pour s'initier aux secrets de cette pratique, et en enrichir le barreau français. Fiers de ce patronage, et curieux de propager les usages de leur pays, les jurisconsultes d'Avignon composèrent quelques traités élémentaires sur la matière, pour la rendre moins aride et pour en faciliter l'étude, en présentant des procès fictifs dans lesquels ils faisaient figurer des personnages de l'antiquité, qui, soit par eux-mêmes, soit par avocats ou procureurs, plaidaient en demandant ou en défendant (**).

(*) Voy. notre *Traité des lois d'organisation et de compétence*, édit. in-4°, t. 1, part. 2, pag. 53, et édit. de M. Victor Foucher, t. 1, pag. 222.

(**) Telle fut l'origine de ces traités bizarres qui parurent en 1315 et en 1330, où l'on voit les personnages les plus vénérés de notre culte paraître en justice comme juges ou plaideurs, officiers ministériels, témoins, etc., pour y faire tous les actes admis dans cette procédure. On trouve une analyse curieuse de ces ouvrages singuliers dans les notices historiques et biographiques, par M. Dupin aîné.

Les progrès des lumières et de la raison amenèrent de nombreuses améliorations dans le système judiciaire; une foule d'usages bizarres tombèrent en désuétude; enfin l'ordonnance de 1667 fut publiée, grand et dernier monument qui acheva la restauration de ce système, et mit la procédure française en harmonie avec la raison et l'équité.

(1) On peut voir les observations que d'Aguesseau, pendant son exil à Fresnes, faisait sur cette ordonnance dans son Mémoire sur les vues générales pour la réformation de la justice. Une des principales raisons pour lesquelles, après avoir parlé des imperfections de la loi, il expliquait comment elle n'avait pas produit tous les avantages que ses auteurs avaient espérés, était l'énormité des droits qui se prennent sur les plaideurs. Il faisait des vœux pour leur diminution. « Après tout, disait-il, « le premier devoir de la royauté est de « rendre ou de faire rendre justice à ses « sujets. C'est une dette que le roi paie, « quand il les met en état de la recevoir « gratuitement, et il ne s'en acquitte qu'im- « parfaitement, lorsqu'il leur vend, en « quelque manière, ce qu'il est obligé de « leur donner.....» (*Voy. t. 13, p. 247, édit. de* 1819.) Ce grand abus a-t-il disparu sous l'empire du Code actuel? Il serait permis d'en douter. (*Voy. notre Traité des lois d'organ. et de compét., éd. in-4°, t.1, art. 17, p. 107 et 110, et éd. de M. Victor Foucher, t. 1, p. 348 et 355.*)

des dispositions de l'ordonnance; loi désastreuse qui, comme tant d'autres de la même époque, prouve qu'au sein des tourmentes révolutionnaires il arrive souvent qu'au lieu de corriger les vices de certaines lois, on les remplace par des lois funestes.

On ne s'attacha qu'à détruire quand il ne fallait que réparer, et bientôt l'on vit naître des abus infiniment plus préjudiciables que ceux qui existaient auparavant. L'instruction la plus nécessaire au bon droit devint impossible; la fortune des parties fut la proie des mandataires *sans titre légal*, et le plaideur téméraire qui n'avait plus à craindre la juste peine des dépens, n'en fut que plus encouragé dans ses chicanes.

18. L'absence des garanties qu'offrait l'ordonnance, et le retranchement absolu de toutes les formalités protectrices des citoyens devinrent la source de tant d'abus, qu'on reconnut bientôt qu'il y avait loin d'une judicieuse réforme à l'entier anéantissement de l'ordonnance, et l'on en demanda le rétablissement avec autant d'ardeur qu'on en avait mis à en provoquer la suppression.

On regarda donc comme un grand bienfait la disposition de la loi du 27 ventôse an 8, qui rétablit les avoués, et l'arrêté du gouvernement du 18 fructidor suivant, qui leur ordonna, *par provision*, de suivre exactement la procédure établie par l'ordonnance et les règlements postérieurs.

19. Ces mots, *par provision*, promettaient une législation nouvelle sur la pratique judiciaire; mais on attendit que le Code des lois civiles fût terminé, et, peu de temps après sa publication, le Code de procédure fut aussi *discuté*, *adopté* et mis en activité.

20. A cette époque, c'est-à-dire le 1er janvier 1807 (1), les lois, les usages et règlements anciens relatifs à la procédure civile furent définitivement abrogés, et la France jouit enfin de l'inappréciable avantage d'un système uniforme et complet de législation civile, tant sur le fond que sur la forme.

21. Les rédacteurs du nouveau code, en adoptant celles des règles anciennes dont le temps avait démontré la sagesse, ont profité de tout ce que la jurisprudence des arrêts, les ouvrages des auteurs et les lois intermédiaires leur offraient d'utile.

On ne saurait donc contester de bonne foi que cette nouvelle collection des lois de la procédure n'ait sur l'ordonnance une prééminence marquée, qui s'accroît encore de l'esprit général qui a présidé à sa confection; le législateur s'est contamment appliqué, dans ce travail, à éviter deux écueils également funestes : si, d'une part, il a supprimé les formalités ruineuses qui trop souvent éternisaient les procès, de

---

(1) *Voy.* nos questions sur l'art. 1041.

l'autre, il n'a pas voulu qu'une instruction trop rapide conduisît à l'erreur, quelquefois à l'injustice, suites inévitables de la précipitation.

CHAPITRE II.

Plan du Code de procédure. — Matières de ses dispositions. — Distinction à faire, d'après elles, entre la procédure judiciaire et la procédure extrajudiciaire.

22. Pour l'utilité et la facilité des juges et des justiciables, le législateur a rangé les dispositions du Code sous autant de divisions particulières qu'il établit de procédures pour chaque espèce de juridiction.

Ainsi, dans le livre 1 de la 1re partie, il a réuni les dispositions concernant la procédure spéciale des justices de paix ; dans les 25 premiers titres du liv. 2, celles qui s'appliquent aux tribunaux civils d'arrondissement, et dans le vingt-sixième, celles qui sont particulières aux tribunaux de commerce.

Le livre 3 est entièrement consacré à la procédure devant les tribunaux et les Cours d'appel, et le livre 3 de la 2e partie aux règles à suivre devant les arbitres.

23. Toutes ces dispositions tracent et régularisent la marche à tenir pour obtenir, dans chaque tribunal, la décision d'un procès civil.

Leur complément se trouve dans celles que contiennent les livres 4 et 5 ; l'un sur les voies ordinaires et extraordinaires ouvertes pour attaquer les jugements, l'autre sur les moyens de les faire exécuter.

Ces différents modes de poursuivre l'exécution sont, en général, communs à toute décision judiciaire, de quelque autorité qu'elle émane, et c'est pourquoi il n'y a pas lieu à distinguer ici, comme on l'a fait par rapport aux formes prescrites pour l'obtention et la prononciation des jugements, entre ceux qui sont rendus par telle juridiction ou par telle autre.

24. Les dispositions contenues dans ces différents livres établissent toutes les règles que réclame la procédure, d'après la définition que nous avons donnée n° 5, et elles se rapportent toutes en conséquence aux cinq objets indiqués dans cette définition, savoir : *la demande, l'instruction, le jugement, le pourvoi contre le jugement, l'exécution.*

25. Plusieurs auteurs, entre autres M. Pigeau, qui mérita toujours d'être cité au premier rang, ont traité de la science de la procédure sous ces divisions ; mais cette méthode expose à confondre des règles qui, quoique identiques dans leur but, peuvent différer quant à la nature des formalités qu'elles prescrivent. Elles empêchent d'ailleurs de saisir le caractère propre que cette différence de règles et de formalités, re-

latives à chaque tribunal, imprime à la procédure qui se fait devant lui.

Pour bien connaître la marche de chaque procédure, les règles générales, leurs modifications ou exceptions, il convient donc d'étudier le Code dans l'ordre suivant lequel les matières y sont classées, sauf à se rendre raison de cette classification, et à remarquer en passant les rapports de similitude ou de différence qu'ont entre elles les dispositions propres à chaque tribunal, et les rattacher aux divisions admises dans la doctrine.

C'est ce que nous avons essayé de faire par les notions générales qui forment les préliminaires de chaque livre, de chaque titre, même de chaque article du Code, et qui composent dans leur ensemble un traité de doctrine sur la procédure civile.

26. Cette procédure, qui comprend toutes les règles et toutes les formalités à exercer, à l'occasion d'une affaire contentieuse, depuis la demande jusqu'à l'exécution du jugement, est appelée *procédure judiciaire*, parce que tous les actes qu'elle comporte sont faits en présence du juge ou de son autorité.

27. On la distingue par cette qualification, d'une autre espèce de procédure que l'on appelle *extrajudiciaire*, parce qu'elle ne suppose point essentiellement un débat en justice, parce qu'elle se borne à tracer la marche à suivre dans une foule de circonstances qui exigent l'intervention du juge lui-même ou des officiers ministériels, autrement que pour parvenir à un jugement ou à son exécution.

28. Toutes les règles, toutes les formalités qu'elle établit, se trouvent dans la seconde partie du Code, sous le titre général de *procédures diverses*, attendu qu'elles constituent autant de procédures particulières et distinctes sur diverses matières de droit privé, indépendantes les unes des autres.

29. Enfin, le Code est terminé par des dispositions générales dont l'objet est de prévenir les abus qui pourraient naître de l'interprétation ou de l'application vicieuse de la loi, et de procurer la stricte exécution d'un grand nombre de dispositions particulières, en établissant des règles absolues et invariables, dont les parties, les officiers ministériels et les juges, ne peuvent s'écarter.

TITRE III.

Application aux lois de la procédure civile de certaines maximes générales du droit français.

30. Il est dans notre législation certains principes fondamentaux qui ont un point de contact avec toutes les lois dont elle se compose, par-

ce que leur application dépend d'eux comme d'un régulateur général.

Ces principes ont été placés, en grande partie, en tête du Code civil, par la considération qu'il embrasse plus que tout autre l'universalité des choses et des personnes.

Il existe d'autres principes qui n'ont point été érigés en loi, mais qui n'en sont pas moins constants et obligatoires, puisque la jurisprudence les a consacrés. Ils établissent des points de doctrine incontestables, et par conséquent ils font, comme les dispositions de la loi même, partie essentielle de l'enseignement du droit.

Nous avons à examiner l'influence des uns et des autres sur les règles positives de la procédure civile.

31. Premier principe : *Nulle loi n'est obligatoire qu'autant qu'ayant été promulguée par le Roi, elle est réputée connue de la nation.*

Tel est le principe général que consacrent la Charte constitutionnelle et l'article premier du Code civil. Entre le peuple, pour qui la loi est faite, et le législateur, il faut en effet un moyen de communication; car il est nécessaire que le peuple sache ou puisse savoir que la loi existe, et qu'elle existe comme loi.

La promulgation est le moyen de constater l'existence de la loi auprès du peuple et de lier le peuple à l'observation de la loi.

C'est l'acte par lequel le Roi, investi par l'art. 13 de la Charte de la plénitude de la puissance exécutive, proclame conformément à l'art. 22, le texte de la loi qu'il a sanctionnée, en ordonne l'envoi aux autorités constituées, et prescrit l'obéissance.

32. C'est en vertu de cette promulgation que les lois deviennent exécutoires, c'est-à-dire susceptibles d'exécution dans toute l'étendue du royaume; mais elles n'ont force obligatoire, dans chaque partie, que du moment où il existe une présomption légale qu'elles y sont connues.

Cette présomption est acquise, suivant l'article 1 du Code civil et les ordonnances royales des 27 novembre 1816 et 18 janvier 1817 (1), savoir :

Pour le département de la résidence royale, un jour après que le Bulletin où la loi a été insérée, a été reçu de l'imprimerie royale par le garde des sceaux, lequel constate sur un registre l'époque de sa réception;

Pour les autres départements, après l'expiration du même délai

---

(1) On croit généralement ces ordonnances vicieuses (*Voy. le Traité du droit civil de M. Toullier, deuxième édition, t. 1, p. 69 et suiv.*), et l'on forme le vœu que tout ce qui regarde le mode de la publication de la loi soit déterminé par l branches du pouvoir législatif. — (*Voyez Essai historique et politique sur la Charte, dans l'ouvrage de M. le comte Lanjuinais, des constitutions de tous les peuples, t. 2, p. 257, n. 333.*)

augmenté d'autant de jours qu'il y aurait de fois dix myriamètres entre la ville où la promulgation a été faite et le chef-lieu de chaque département.

Mais dans tous les cas où Sa Majesté juge convenable de hâter l'exécution des lois ou de ses ordonnances avant la réception du Bulletin officiel et l'expiration des délais que nous venons d'indiquer, elles sont adressées au préfet de chaque département, qui en constate la réception sur un registre, et prend incontinent un arrêté par lequel il ordonne qu'elles seront imprimées ou affichées où besoin sera.

Cette forme de publication s'applique aux ordonnances royales comme aux lois.

33. Il est à remarquer maintenant qu'aucune disposition de la Charte constitutionnelle n'interdit au législateur de retarder l'exécution d'un loi, et par conséquent il peut fixer, pour cette exécution, tous autres délais que ceux dont nous venons de parler.

La raison en est que certaines lois exigent des règlements organiques, des mesures d'administration sans lesquelles il serait impossible de les bien exécuter; d'autres sont d'une telle importance qu'il est utile d'accorder quelque temps, afin de les méditer, pour prévenir les erreurs auxquelles exposerait une exécution trop rapprochée. Il en est enfin, et ce sont particulièrement celles de la procédure, dont il serait difficile de concilier les dispositions dans une instance déjà liée avec celles des lois sous l'empire desquelles cette instance aurait été introduite.

C'est par cette considération que, d'après la disposition de l'art. 1041, le Code de procédure civile n'a été mis en activité que le 1er janvier 1807, quoique les différentes lois qui le composent aient été promulguées dans le courant de 1806.

34. Second principe : *La loi ne dispose que pour l'avenir; elle n'a pas d'effet rétroactif.*

Ce second principe, consigné dans l'art. 2 du Code civil, est une conséquence immédiate de celui que nous venons de développer, et suivant lequel la loi, pour être obligatoire, doit avoir été publiée.

Il est évident que, si l'on pouvait faire remonter l'action d'une loi nouvelle à un temps antérieur à sa publication, ce serait la supposer obligatoire avant qu'elle eût été connue; et, ce qui n'est pas moins absurde, ce serait lui faire produire un effet préexistant à sa cause.

35. Il suit de là qu'on doit respecter les droits acquis antérieurement à la publication d'une loi; mais là se borne l'application du principe de la non-rétroactivité.

On peut donc le considérer comme étranger, pour ainsi dire, aux lois de la procédure, puisqu'elles se bornent, en général, à prescrire les moyens de conserver ou recouvrer les droits des parties, sans avoir, *au fond*, aucune influence sur ces mêmes droits, à l'égard des-

quels le juge ne prononce jamais qu'en vertu des dispositions antérieures qui les concernent.

Par suite de conséquences, ces lois doivent être exécutées au moment de leur publication, même dans les procès qui auraient été commencés auparavant.

En d'autres termes, qui sont précisément ceux d'un arrêté du gouvernement, du 6 fructidor an 9, « tout ce qui touche à l'instruction « des affaires, tant qu'elles ne sont pas terminées, se règle d'après les « formes nouvelles, sans blesser le principe de non rétroactivité, que « l'on n'a jamais appliqué qu'au fond du droit (1). »

36. Il est vrai que le Code de procédure a fait une exception en statuant, par l'art. 1041, que les procès commencés avant sa mise en activité seraient instruits et jugés suivant les anciennes formes ; c'est du moins ce qui résulte de ce qu'il dispose que tous procès qui seront *intentés depuis* seront instruits conformément à ses dispositions. Mais cette exception, loin de détruire la règle générale, la confirme au contraire, en sorte que toute loi de procédure qui pourrait survenir désormais, serait sujette à cette règle, si elle ne portait pas la même exception.

37. Troisième principe : *La loi abrogée, soit par une disposition formelle, soit par le non-usage ou par* l'inconciliabilité *de ses dispositions avec celles d'une loi postérieure, est considérée pour l'avenir comme si elle n'avait jamais existé.*

C'est une vérité sur laquelle il paraîtrait superflu d'insister, s'il n'était utile d'expliquer comment le principe doit être appliqué en ce qui concerne le Code de procédure.

L'art. 1041 abroge généralement et sans distinction toutes lois, règlements, coutumes et usages relatifs à la procédure. Il diffère en cela de l'art. 7 de la loi du 20 ventôse an 12, qui n'abroge les anciennes dispositions, touchant le fond du droit, que dans les seules matières qui sont l'objet du Code civil.

L'abrogation de celles qui concernaient la procédure est donc générale et absolue, et ne permet en aucun cas de les invoquer comme règles obligatoires.

Mais on n'en conclura pas qu'on ne puisse y recourir sous aucun

---

(1) On sent que s'il se trouvait dans les lois de procédure quelques dispositions qui influassent sur le fond du droit, elles admettraient l'application du principe général de la non-rétroactivité, puisque l'exception n'est relative qu'aux dispositions de forme. (*Voy. sur l'art.* 1041, *la note* 6.) Mais qu'il survienne une loi qui substitue à telle formalité prescrite aujourd'hui par le Code une formalité différente, une loi enfin qui modifiât les dispositions anciennes ; cette loi nouvelle sera observée même dans les affaires introduites avant sa publication. — (*Voy. sur l'art.* 397, *les nos* 1428 *et* 1429.)

rapport; souvent, au contraire, il devient indispensable de les consulter pour éclaircir un texte obscur ou pour résoudre toute autre difficulté que présenterait son application.

Tel est le sens de la règle du droit romain : *Priores leges ad posteriores trahuntur, nisi contrariæ sint* (1).

Tout ce qui résulte de l'abrogation de ces lois, c'est que les tribunaux ne sont pas obligés de les appliquer, et qu'en conséquence les parties ne pourraient fonder, sur la contravention à leurs dispositions, soit un appel, soit un pourvoi en cassation.

38. Il est à remarquer, en outre, que cette abrogation ne s'applique qu'aux lois et règlements *généraux* qui étaient en vigueur dans les différentes contrées de la France.

Mais, dans les affaires qui intéressent le gouvernement, on a dans tous les temps jugé nécessaire de s'écarter de la loi commune par des lois spéciales, soit en simplifiant la procédure, soit en prescrivant des formes différentes.

Or, on ne trouve dans le Code aucune disposition qui puisse suppléer ou remplacer ces règlements spéciaux, qu'il eût nécessairement fallu établir, si l'on avait supposé qu'ils fussent compris dans l'abrogation prononcée par l'art. 1041. — (*Voy. n°* 3434.)

Par cette considération, un arrêté du Conseil d'État, du 1er juin 1807, a déclaré que ces lois et règlements ont continué de subsister comme lois de l'Etat, et indépendamment des dispositions du Code.

39. Quatrième principe : *Les lois spéciales, c'est-à-dire particulières à une matière, doivent être appliquées de préférence à une loi générale même postérieure, lorsque celle-ci n'y a pas formellement dérogé.*

Ce principe, dont ce qui précède est une conséquence, est la règle même consacrée par la loi 80, ff. *de regulis juris.* « *In toto jure, generi per speciem derogatur, et illud potissimum habetur quod ad speciem directum est.* » L'espèce déroge, et l'on doit toujours s'attacher à suivre ce qui a un trait direct à l'espèce.

Il est évidemment fondé sur la raison. Lorsque le législateur statue en particulier sur un objet, et s'écarte à son égard des règles ordinaires faites pour des cas analogues, ce ne peut être que par des considérations majeures qui ne permettent pas, même lorsqu'il existerait quelques incertitudes dans un cas donné, de se décider d'après les règles du droit commun, si elles se trouvaient en contradiction avec l'esprit de la loi spéciale.

40. Il résulte de ce principe, relativement aux lois concernant la forme de procéder, que toutes les fois qu'une loi particulière a posé des rè-

(1) Digeste, lo 26, *de leg.* I.

gles propres à certaines matières, il n'y a pas lieu à recourir aux dispositions du Code de procédure qui forme la loi générale. Par exemple, celles qu'il contient sur les arbitrages ne peuvent pas toujours être invoquées dans les arbitrages forcés en matière de société commerciale, parce que le Code de commerce renferme des dispositions spéciales à leur égard.

41. Dans le Code de procédure lui-même, on remarque des règles générales et des règles spéciales; des *règles générales*, comme celles qui tracent les procédures à suivre dans les tribunaux civils d'arrondissement, et relativement aux matières ordinaires; des *règles spéciales*, comme celles qui concernent les justices de paix, les tribunaux de commerce, les affaires sommaires. Ici, par suite du principe ci-dessus posé, on doit décider encore que ces règles spéciales doivent être exclusivement observées, et que, toutes les fois qu'il s'élève des difficultés dans leur application, ces difficultés doivent être résolues par l'esprit de la loi spéciale. Cependant il importe d'observer que si les lois spéciales n'ont rien déterminé à l'égard de certains actes ou de certains cas qu'elles indiquent ou qu'elles supposent, il faut nécessairement, pour écarter l'arbitraire, recourir à la loi générale, et appliquer les règles et les formalités qu'elle pourrait contenir relativement à ces cas et à ces actes.

42. Cinquième principe : *Les étrangers ne sont pas, comme les Français, tenus indistinctement à toutes les lois du royaume.*

Ainsi l'art. 5 du Code civil ne les soumet qu'aux lois de police et de sûreté, et à celles qui régissent les immeubles situés en France, tandis que toute loi, quel que soit son objet, oblige indistinctement tous les Français.

Mais si l'on considère que, suivant les art. 14 et 15 du même Code, l'étranger peut, en certains cas, citer ou être cité devant les tribunaux français, pour affaires civiles, on doit nécessairement admettre qu'il est soumis à toutes les dispositions du Code de procédure, et conséquemment à tous les principes concernant la manière d'intenter les actions, la forme de procéder, les effets du jugement et son exécution.

43. Sixième principe : *On ne peut déroger par des conventions particulières aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs.*

Telle est la disposition de l'art. 6 du Code civil; elle comprend nécessairement toutes les lois qui forment le droit public de la nation, suivant la loi 45, *de regulis juris*, et la loi 38, *de pactis*, au Digeste. L'ordre public n'est en effet que le résultat des lois qui composent le droit public.

Or, ces lois ayant pour objet les rapports des gouvernants avec les gouvernés, des administrateurs avec les administrés, des *juges* avec

les *justiciables*, celles qui règlent la procédure font une partie essentielle du droit public.

« L'administration de la justice, dit l'auteur de l'article *Droit public*, « au nouveau répertoire, est de droit public en *matière civile*, aussi « bien qu'en matière criminelle; c'est pourquoi les particuliers ne « peuvent y déroger que dans le cas où la loi elle-même leur en a laissé « la faculté. »

44. Cette faculté leur est accordée à l'égard de toutes les dispositions qui n'ont été portées que pour leur avantage personnel; telles sont entre autres celles qui ont trait à l'incompétence d'un tribunal relativement au domicile du défendeur, aux délais fixés pour l'exercice des actions et des pourvois, pour la confection de certains actes ou opérations, etc., et enfin aux formalités des exploits et autres actes de procédure.

45. Mais le juge ne peut jamais déroger d'office, même à ces dispositions, parce qu'il ne lui est pas permis de mettre sa volonté à la place de celle des lois, de dispenser ainsi une partie des formes prescrites dans l'intérêt de l'autre, de tracer aux justiciables ou de suivre lui-même une marche différente de celle qu'elles ont réglée. Il n'y a encore d'exception que pour le cas où le magistrat y serait lui-même formellement autorisé, comme il l'est dans certains cas par ces mots: *pourra le juge* (1).

46. Septième principe : *Il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale ou réglementaire.* — (*Cod. civ., art.* 3.)

Prononcer par voie de disposition générale ou réglementaire, c'est, de la part du juge, imposer à tous les justiciables ou à une partie d'entre eux, qui ne seraient pas aux qualités d'un procès, l'obligation de se conformer à la décision rendue sur cette contestation.

Ce pouvoir étant formellement interdit aux magistrats, il s'ensuit qu'ils ne peuvent jamais enjoindre, soit aux citoyens, soit aux officiers ministériels de se conformer à telle forme de procéder qu'ils indiqueraient, ou à tels jugements qu'ils auraient rendus sur un point de procédure ou de droit.

Les seuls règlements que les tribunaux soient autorisés à faire, sauf approbation du roi, sont ceux qui seraient relatifs à l'ordre du service et à la distribution des affaires dans les différentes sections (2).

47. Huitième principe : *Le juge qui refuserait de juger sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, se rend coupable de déni de justice.*

---

(1) Voy. art. 155.

(2) Décret du 6 juillet 1810, art. 21. Voy. notre traité d'organisation et de compétence, édit. in-4°, t. 1, p. 21 et suiv., et édit. de M. Victor Foucher, t. 1, p. 121 et suiv.

Ce principe posé dans l'art. 4 du Code civil trouve sa sanction dans les dispositions du Code de procédure, titre de la *prise à partie*. Il est étendu, par l'art. 506 de ce Code, aux cas où les juges refusent de répondre les requêtes, ou négligent les affaires en état ou en tour d'être jugées. On peut même affirmer, d'après la jurisprudence, qu'il doit recevoir son application toutes les fois qu'un juge, au mépris d'une provocation légale, refuserait d'exercer son ministère en toute circonstance où la loi l'exige.

48. Ainsi, l'insuffisance, l'obscurité ou le silence, soit des lois concernant le fond, soit de celles relatives à la forme, ne peuvent, sous aucun prétexte, arrêter la marche d'un procès ou en suspendre l'instruction. Il en résulte qu'en ces circonstances le juge, si la loi est muette ou insuffisante, doit statuer d'après les principes de l'équité; et si elle est obscure, l'interpréter suivant les mêmes principes combinés avec les règles générales du droit positif, l'esprit du législateur et les inductions que présenteraient des dispositions pour des causes analogues.

49. Cette observation nous conduit à poser ou à expliquer ici quelques règles générales d'interprétation ou d'application des lois.

TITRE IV.

Règles générales d'interprétation et d'application des lois. — Leurs rapports avec celles qui règlent la procédure civile.

50. *Interpréter* une loi, c'est en expliquer le sens d'une manière plus claire que les expressions dans lesquelles elle est conçue.

51. Il y a deux sortes d'interprétations, l'interprétation par voie d'*autorité*, et l'interprétation par voie de *doctrine*.

52. L'interprétation par *voie d'autorité* consiste à résoudre les questions et les doutes par voie de règlement et de disposition générale; elle appartient naturellement et essentiellement au pouvoir législatif. C'est une maxime du droit romain : *Ejus est legem interpretari cujus est legem condere.*

Il suit de ce principe que la puissance législative doit seule avoir en France le droit d'interpréter les lois.

Or, la puissance législative ne pouvant plus s'y exercer que collectivement par le roi, la Chambre des pairs et la Chambre des députés des départements (*art.* 15 *de la Charte const.*), le concours des trois autorités paraît aujourd'hui nécessaire pour donner une interprétation qui devienne obligatoire pour tous.

Une loi du 15 septembre 1807, encore en vigueur, se trouve en opposition avec ce principe constitutionnel, en ce qu'elle accordait au chef de l'ancien gouvernement le droit d'interpréter la loi judiciaire par voie de disposition générale, dans la forme des règlements d'administration publique.

Les lois administratives avaient été soumises également au même mode d'interprétation, en exécution, 1° de l'art. 55 de l'acte du 22 frimaire an 8; 2° d'un règlement du Conseil d'Etat, du 5 nivôse même année.

Les tribunaux furent assujettis à prendre ces interprétations pour règle de leurs décisions.

En vain des jurisconsultes célèbres s'élevèrent-ils contre cette usurpation du pouvoir législatif; ils eurent la douleur de la voir maintenue et consacrée par des arrêts solennels de la Cour de cassation elle-même. On en trouve la preuve dans le *Répertoire universelle*, v° *Divorce*, dans l'importante affaire Mac-Mahon.

Cette doctrine semble aujourd'hui proscrite par la Charte. On se souvient même que, dès la session des chambres de 1814, le roi fut supplié de proposer un projet de loi qui eût réservé exclusivement le droit d'interprétation, non plus au gouvernement seul, mais à la *puissance législative*, c'est-à-dire aux trois autorités dont le concours est indispensable pour la formation de la loi (1).

---

(1) *Voy.* Traité du droit civil français, par M. Toullier, t. 1, p. 109, n. 141.

La législation nous fournit une remarque essentielle relativement à ce que nous avons dit au n. 52, sur l'interprétation par voie d'autorité. En démontrant le vice d'inconstitutionnalité de la loi du 15 septembre 1807, soit d'après les principes constitutionnels reconnus même sous l'empire du droit public positif, antérieur à sa publication, son surtout d'après ceux consacrés par la charte de Louis XVIII (art. 16), nous unissions nos vœux à ceux de tous les amis de la liberté politique, en concevant l'espoir d'un prompt retour à ces principes.

Ces vœux ont été exaucés, après 21 années d'existence de cet acte d'usurpation, par la loi du 30 juillet 1828, qui le déclare abrogé et rend à la puissance législative, dans les cas et suivant les distinctions qu'elle établit, le droit qui lui appartient essentiellement, d'interpréter la loi sur l'application de laquelle auraient été rendues, par les tribunaux ou les cours, entre les mêmes parties et dans une même affaire, des décisions contraires à celles de la Cour régulatrice (*).

On conservera donc comme *historique* seulement tout ce que renferme le numéro précité de notre Introduction générale, mais en y faisant cette addition.

En rendant cet hommage au principe de la division des pouvoirs, la loi nouvelle ne présente-t-elle pas quelques imperfections dans ses détails? Nous nous en référons sur cette question à la dissertation assez étendue que l'on trouvera dans notre Traité des lois d'organisation et de compétence, t. 2, p. 807 à 814 inclus, nous réservant d'ailleurs de nous livrer à un examen approfondi de cette loi dans le Traité d'interprétation que nous avons annoncé dans cet ouvrage. (Addition de M. Carré de 1831.)

[Une loi du 1er avril 1837 a abrogé la loi de 1828 et a rendu la Cour de cassation

(*) Voy. cette loi dans la collection de M. Duvergier, t. 28, à sa date et dans le *Journal des Avoués*, t. 35, p. 139.

On reviendra donc tôt ou tard aux véritables principes constitutionnels.

M. le comte Lanjuinais, dans son *Essai sur la Charte*, pages 93 et 258, en fait une juste application et leur rend un juste hommage. Il n'appartient, dit-il, qu'aux volontés qui font les lois d'en émettre des interprétations obligatoires; aucune des branches de l'autorité législative ne peut s'attribuer à elle seule l'interprétation générale; ce serait une usurpation du pouvoir législatif. L'acte du gouvernement qui résout une difficulté en matière administrative, qui développe le sens des lois, n'est qu'une instruction, une direction, un conseil, que l'on pèse et que l'on balance, et auxquels l'administration ni le juge ne sont tenus de s'astreindre.

53. La loi interprétative doit être exécutée même pour le passé, puisque le sens qu'elle indique est celui de la loi antérieure, qui devait être entendue et exécutée dans ce même sens; et, en effet, la loi nouvelle n'étant que déclarative du véritable sens de la loi existante, c'est d'après ce sens, et en conformité de cette loi nouvelle, que les affaires à juger *depuis sa promulgation*, bien qu'elles aient pris naissance sous l'ancienne loi, doivent être décidées (1). « Les erreurs ou les abus intermédiaires, disaient à ce sujet les rédacteurs du projet du Code civil, ne font pas loi. »

54. « Cependant, ajoutaient-ils (et le principe est désormais incontestable), les jugements rendus en dernier ressort, les sentences arbitrales passées en force de chose jugée, les transactions, doivent être exécutés, attendu que les parties ont acquis, par suite de ces actes, des droits dont on ne pourrait les priver sans injustice. »

55. L'interprétation par *voie de doctrine* est celle qui appartient aux jurisconsultes, aux juges et aux administrateurs.

Elle consiste soit à fixer le vrai sens de la loi, soit à la suppléer en cas de silence ou d'insuffisance de ses dispositions.

Lorsqu'elle vient du jurisconsulte, elle n'a d'autre effet que d'éclairer le magistrat sur le jugement qu'il doit rendre, selon ses lumières et sa conscience.

Quant à l'interprétation donnée par le magistrat, elle constitue une décision obligatoire, mais pour ceux seulement entre lesquels elle est intervenue.

Lorsque, enfin, l'interprétation est donnée par l'administrateur, elle

---

arbitre suprême des contestations individuelles, en laissant au législateur le soin de faire disparaître par une loi, et pour l'avenir, les controverses qui pourraient s'élever entre cette Cour et les Cours royales. Voy. au Journal des avoués, t. 52, p. 193, le commentaire de cette loi.]

(1) *Novæ constitutionis effectus revocari debet ad præterita, si tantummodò declaret quod anteà leges caverant. Declaratio autem nihil novum vel dat, vel statuit.* —(*Mornac; voy. aussi Voët, sur le Digeste de legibus, n.* 17.)

Loi 7, *in fine*, Code. liv. 1, tit. 14, *de legibus et constitutionibus*, et la novelle 19.

peut, *selon les circonstances*, obliger tous les administrés, si toutefois l'approbation du roi lui imprime le caractère de règlement d'administration publique et ne porte que sur un *mode d'exécution*.

56. Dans toute loi, on doit considérer deux choses qui servent particulièrement à en faciliter l'intelligence : 1° les expressions dans lesquelles elle est conçue ; 2° les motifs qui l'ont dictée.

De là deux règles particulières :

Première règle. Il faut prendre les termes dans leur signification propre et naturelle, et non selon l'analogie ou l'étymologie grammaticale ; mais *selon l'usage commun*, à moins qu'il n'y ait d'ailleurs des conjectures suffisantes pour leur donner un sens particulier. (*Puffendorff, Traité des lois naturelles*, in-4°, liv. 5, chap. 12, § 3, et *Argument des lois*, 7, § 2, *ff. de supellectile legatâ*, et 9 au Code *de legibus*.

Mais les termes de la loi peuvent avoir un autre sens dans la langue du droit qui souvent étend ou restreint la signification usuelle ; et, en ce cas, c'est au sens légal qu'il faut s'attacher (1).

De cette obligation de s'en tenir à la signification légale ou usuelle des termes, on doit conclure que les expressions de la loi, lorsqu'elles sont générales, doivent être prises dans toute leur étendue (2).

Aussi tient-on pour maxime incontestable que, si la loi ne distingue point et n'excepte rien, on ne doit aussi faire aucune distinction ni exception, à moins, disent les auteurs, qu'il n'existe une raison particulière tirée de la loi même, ou du motif sur lequel elle est fondée (3).

Deuxième règle. Lorsque les expressions sont équivoques, il faut en fixer le sens d'après l'esprit de la loi et l'intention du législateur (4).

On doit y parvenir, 1° en étudiant la loi dans son ensemble pour en rapprocher et combiner les différentes dispositions (5) ;

2° En rapprochant de la loi à interpréter celles qui concernent la même matière ou des matières analogues ;

3° En faisant attention aux circonstances dans lesquelles cette loi a été rendue, pour connaître si elle n'a pas eu pour objet de prévenir ou de détruire des abus qui existaient alors ;

4° En tâchant d'apercevoir les inconvénients qui naîtraient de cette interprétation, afin d'en adopter une autre, parce qu'il est évident que le législateur n'a pas entendu donner lieu à ces inconvénients.

C'est pourquoi l'on doit encore tenir pour maxime certaine qu'il faut toujours dans le doute, adopter le sens qui donne à la loi l'effet le plus conforme aux principes de la raison et de la justice (6).

---

(1) Loi 69, ff *de legibus*.

(2) Loi 1, § 1, ff *de legatis præstandis*, et la note de Godefroi, n. 36.

(3) Nouveau Répertoire, v° *interprétation*, n. 3.

(4) Lois 15 et 21, ff *de verb. sign.*, loi 17, *de legibus*.

(5) Loi 24, ff *de legibus*.

(6) Loi 19, ff *de legibus*, et loi 90, *de regulis juris*.

5° En s'attachant aux motifs de la loi, s'ils ont été exprimés par le législateur lui-même.

Ils l'ont été, à l'égard de nos différents Codes, par les orateurs du gouvernement et du Corps législatif ; ils le sont encore aujourd'hui par les ministres du roi et par les commissaires qu'il charge de soutenir devant la Chambre la discussion des projets de loi rédigés en conseil d'Etat.

57. De ce qu'il est permis d'interpréter la loi à l'aide de ses motifs, il ne s'ensuit pas qu'il soit généralement permis, par parité de raison, d'étendre la disposition d'une loi rendue sur un objet à un autre objet, si cette extension n'est ni dans les termes ni dans l'intention du législateur. En effet, fût-il certain que le législateur aurait eu, dans un cas comme dans l'autre, les mêmes raisons pour statuer de la même manière, il n'en résulte pas nécessairement que telle ait été son intention.

58. Ainsi, la maxime *ubi eadem ratio, idem jus*, ne s'applique que dans les circonstances où l'on peut avec fondement penser que le législateur a eu en vue de disposer à l'égard d'un cas qu'il n'a pas exprimé, comme à l'égard de celui sur lequel il a formellement statué.

De là les règles suivantes, concernant la faculté d'étendre les lois d'un cas à un autre :

1° Il y a lieu à l'interprétation *extensive*, lorsque les dispositions d'une loi deviendraient illusoires et ne produiraient aucun effet, si on ne les étendait au-delà de ce qu'exprime le sens littéral des mots ;

2° Toute loi doit être étendue à ce qui est essentiel à l'objet qu'elle a en vue et à tout ce qui est une suite nécessaire de sa disposition.

Ainsi, la loi qui donne certains pouvoirs ou avantages est présumée, alors même qu'elle n'en ferait pas mention, accorder tous les droits nécessaires pour user de ces pouvoirs ou avantages (1) ;

3° Dans les choses corrélatives, on peut étendre les dispositions d'une loi favorable, et décider que le législateur n'a parlé expressément de l'une que par forme d'exemple (2) ;

4° Ce qui en droit est regardé comme de même nature doit se décider par les mêmes principes, et l'on peut alors étendre les lois d'un cas à l'autre.

L'interprétation dans ces différentes circonstances ne consiste pas à suppléer arbitrairement la loi, mais à en faire l'application à des cas qui, pour n'être pas exprimés dans ses dispositions, n'y sont pas moins réellement renfermés, conformément à son esprit et à l'intention du législateur.

---

(1) Loi 2, ff *de jurisdictione*, argument, liv. 3, ff, § 3, lib. 8, tit. 3, *de servitutibus prædiorum rusticorum.*

(2) *Lege ultimâ, Cod. de indictâ viduitate.*

59. Les lois favorables doivent être interprétées suivant la signification la plus étendue qu'on puisse leur donner (1).

Les lois rigoureuses, au contraire, doivent être entendues et restreintes dans la signification la plus étroite (2). C'est ce qu'exprime la maxime si connue du droit canonique : *Odia restringenda, favores ampliandi.*

Cette maxime exige deux observations importantes : la première, c'est qu'il n'existe point de *lois odieuses*, si l'on prend ce terme dans le sens qu'il présente naturellement, car les lois ne sont établies que pour le bien commun, et tout ce qui tend à le procurer doit concilier le respect et l'affection.

Mais il est des lois qui, pour le bien commun, mettent des bornes à la liberté naturelle des individus, prescrivent des règles ou des formalités gênantes, ou attachent certaines peines à leur inobservation. Ce sont ces lois que l'on appelle rigoureuses (*odiosæ*).

Il en est d'autres qui, loin de restreindre la liberté, ne sont faites au contraire que pour en protéger et en faciliter l'usage. Elles accordent des grâces, des facultés, des droits, des avantages quelconques, c'est pourquoi on les appelle *favorables*, par opposition aux *lois rigoureuses.*

La seconde observation, c'est que l'interprétation *restrictive* des premières et *extensive* des secondes suppose essentiellement qu'il peut y avoir quelque doute légitime sur le sens qu'on doit leur attribuer. Si en effet le sens ne peut être méconnu, et que les termes dans lesquels elles sont conçues, les vues et les motifs qui les ont fait établir, les circonstances où elles ont été portées, l'ont fait suffisamment connaître, alors on doit les interpréter par elles-mêmes, indépendamment de ce qu'elles ont de rigoureux ou de favorable. « Il faut, dit Domat, lois civiles, « livre 1, titre 1, sect. 2, § 7, juger par la rigueur du droit si la loi « ne souffre pas tempérament, ou par le tempérament de l'équité, si la « loi le souffre. »

Il n'appartient point au magistrat de substituer, au texte précis d'une loi qui commande avec rigueur, son opinion sur l'esprit de cette loi. Cette maxime, si souvent répétée : *il faut consulter l'esprit de la loi quand la lettre tue*, est donc abusive toutes les fois que la disposition est claire, formelle et impérieuse. « *Dura lex, sed scripta.* » (3)

60. La règle générale de l'interprétation extensive des lois favorables se suffit à elle-même ; mais celle qui établit l'interprétation restrictive des lois rigoureuses se développe par plusieurs autres, particulière-

---

(1) Loi 25, ff *de legibus.*

(2) Loi 19, *de liberis et posthumis;* lois 56, 155, § 2, 192, § 1, *de regulis juris.*

(3) Loi 1, § 20, ff *de exercitoriâ actione.*

ment applicables aux lois de la procédure, qui, pour la plupart, sont des lois *rigoureuses*.

Ainsi, 1° en toute disposition pénale, on doit admettre l'interprétation la plus douce (1).

2° En tout cas, dans l'incertitude, l'interprétation se donne en faveur du défendeur contre le demandeur (2).

3° On ne doit jamais étendre les lois rigoureuses au delà du cas qu'elles expriment, si ce n'est pour tirer la conséquence du moins au plus dans le même genre; par exemple, si une loi se bornait à interdire à une personne l'administration de ses biens, à plus forte raison décidera-t-on que cette loi entend lui interdire la faculté de les aliéner.

4° Par suite, on ne peut, en ce qui concerne les formalités nécessaires pour la validité des actes, soit judiciaires, soit extrajudiciaires, exiger à la rigueur ce qui n'est pas formellement et nécessairement prescrit.

5° Ce qui est contraire au droit commun ne doit pas être tiré à conséquence pour des cas qui ne sont pas formellement exprimés (3).

Telles sont les principales règles d'interprétation qui, souvent, nous aideront à résoudre les difficultés que présentent les textes du Code de Procédure (4).

---

(1) Lois 9 et 155, § 2, ff *de regulis juris* loi 42, ff *de pœnis*.

(2 Loi 125, *de regulis juris*.

(3) Loi 141, *de regulis juris*.

(4) Au surplus, dans l'interprétation des lois de la procédure, il est nécessaire d'avoir recours aux lois et règlements, ou antérieurs ou explicatifs, et parmi ceux-ci, il faut particulièrement s'attacher au tarif des dépens du 16 février 1807. Ce tarif, en établissant la taxe de chaque acte de procédure, retrace les circonstances dans lesquelles il doit avoir lieu, en sorte qu'il sert naturellement d'explication pour ces circonstances, souvent même il ajoute quelques règles à celles du Code; en un mot, il en fournit une interprétation par voie d'autorité. Exemple (ci-après, n. 2071) : Le gardien doit-il être assigné sur l'opposition du propriétaire? La contexture grammaticale de l'art. 608 suppose l'affirmative; l'art. 49 du tarif dit le contraire, en termes exprès. On ne doit, porte-t-il, assigner que le saisissant et le saisi : il faut donc lire l'art. 608, comme s'il était ainsi conçu : « Par exploit signifié au gardien et par *dénoncé*, » en sorte que le mot *contenant* ne peut se rapporter qu'au dénoncé; en un mot, dénoncé est substantif et non pas adjectif, comme le texte le suppose par erreur dans la rédaction.

Cependant, quoique en thèse générale le Code de procédure ne puisse être réputé avoir dérogé aux dispositions du Code civil (si l'on excepte l'art. 834), parce qu'il a pour but d'indiquer seulement son mode d'exécution, il n'en est pas moins vrai que certaines dispositions puissent avoir été, et en effet ont été insérées pour faire connaître le véritable sens dans lequel quelques-unes du premier ont été conçues. Aussi, lorsque quelque article du Code de procédure n'a pas pour objet l'instruction des affaires ou la manière de procéder devant les tribunaux, mais qu'il consacre quelque principe de droit, il faut le regarder comme interprétatif du Code civil. Or, comme nous l'avons dit, une loi interprétative se rattache toujours à la loi dont elle fixe le sens, et, sans paraître rétroagir, elle est obligatoire du jour où celle-ci a été promulguée. C'est par cette raison que la Cour de cassation, interprétant par les art. 767 et 770 du Code de procédure l'art. 2151 du Code civil, a jugé.

61. Le sens de la loi étant déterminé, soit par la clarté du texte, soit par suite de l'interprétation donnée d'après les règles ci-dessus, il ne s'agit plus que de l'appliquer.

Comme l'interprétation, l'application des lois admet certains principes dont nous croyons utile de donner ici la substance :

1° L'application des lois doit se faire à l'ordre des choses sur lesquelles elles statuent ; les objets qui sont d'ordre différent ne peuvent être décidés que par les lois de leur ordre. C'est d'après ce principe que la Cour suprême a cassé nombre de jugements et d'arrêts qui avaient appliqué en matière criminelle les dispositions de l'ancienne ordonnance de 1667 sur la procédure civile (1).

---

par arrêt du 22 novembre 1809, que le créancier doit être colloqué au même rang que pour le principal, pour tous les intérêts qui ont couru depuis l'adjudication jusqu'au jour où le procès-verbal d'ordre a été définitivement arrêté, et qu'à cet égard, le Code de procédure n'était point introductif d'un droit nouveau, mais seulement explicatif de l'art. 19 de la loi de brumaire an 7, et de l'art. 2151 du Code civil, interprété par ces articles 767 et 770. — (*V.* Persil, *Questions sur les hypothèques*, p. 290 et 291.)

(1) Ce principe est vrai dans sa généralité ; mais en le développant (Traité du droit français, considéré dans ses rapports avec la juridiction des juges de paix), nous avons eu l'occasion de nous convaincre que l'on ne serait pas autorisé à en conclure, sans distinction, qu'aucune des dispositions du Code de procédure ne pourrait être appliquée, soit directement, soit indirectement, aux matières criminelles. C'est cependant ce que l'on pourrait induire de ce que nous avons invoqué à l'appui du principe dont il s'agit, les exemples nombreux de cassation de jugements et arrêts qui, dans ces matières, avaient appliqué les dispositions de l'ordonnance de 667.

Par suite de ce nouvel examen, nous disons ici :

Premièrement, qu'en général les dispositions du Code de procédure peuvent servir à interpréter les doutes qui s'élèveraient sur l'application de celles que renfermerait le Code d'instruction sur des cas analogues ;

Secondement, que ces mêmes dispositions sont applicables, dans le silence du Code d'instruction, toutes les fois qu'il s'agit de régler des intérêts civils, dont la poursuite a nécessairement lieu dans les matières criminelles, dans lesquelles figurerait une partie civile.

C'est ce qui a été décidé, en termes exprès, par un arrêt de la Cour royale de Paris, du 19 mars 1828, rapporté au n. 336 du *Courrier des tribunaux*, puisqu'il a jugé qu'en matière correctionnelle, et conformément aux art. 474, 475 et 476 du Code de procédure, la partie civile qui n'a pas été appelée au jugement peut intervenir dans l'instance d'appel, ou s'y rendre incidemment tierce opposante, dans le but de réclamer des dommages-intérêts (*).

Mais il faut se garder d'étendre ces propositions jusqu'au point d'accorder à un juge saisi, comme juge civil, d'une action purement civile, la faculté de puiser dans des actes émanés de la juridiction criminelle, des éléments de preuves, et par conséquent de décision de cette action civile ; d'ordonner, par exemple, l'apport à son greffe d'un procès-verbal d'information faite par un juge d'instruction sur une plainte qui aurait été formée pour délit ou pour crime.

Il commettrait en cela un excès de pouvoir manifeste, car l'excès de pouvoir est, de la part d'un juge ou d'un tribunal, l'acte par lequel il sort du cercle de ses attributions, et fait ce dont la loi lui *défend* ou *ne lui permet pas de s'occuper*. C'est ce que M. Sirey (**) exprime très exactement en ces termes : « On dit que ce qui *n'est pas*

(*) *V.* en outre notre *Traité des juridictions de paix*, t. 4, n° 3441, p. 540 ; n° 3455, p. 550 ; n° 3377, p. 569 ; n° 3392, p. 583.

(**) Table vicennale de son *Recueil des lois et des arrêts*, au mot *Cassation*, p. 124.

2° Quand deux lois sont absolument opposées ou contradictoires, on doit appliquer la plus récente, suivant la règle de droit: *Posteriores leges prioribus derogant.* Mais si la contradiction existe entre deux dispositions de la même loi, et qu'elle ne soit pas parfaitement absolue on doit les appliquer de manière que chacune d'elles, s'il est possible, produise suivant son texte un effet qui ne soit pas lui-même contradictoire; et s'il y a impossibilité de parvenir à ce résultat, l'application n'a lieu que par suite d'interprétation, c'est-à-dire que l'on préfère la disposition qui paraît la plus conforme à la nature de la matière, à l'esprit et à l'intention du législateur.

3° Dans tous les cas, s'il y a incertitude sur l'existence d'un fait, sur la culpabilité ou sur l'innocence d'un individu, sur le plus ou moins de fondement d'une nullité opposée, la présomption légale étant en faveur du défendeur contre le demandeur, la disposition rigoureuse ou pénale de la loi ne doit pas être appliquée. De là viennent ces deux maximes : *Actore non probante reus absolvitur. Probare debet qui dicit.* — (TOULLIER, t. 8, p. 98, n° 43.)

« *défendu par la loi est permis*, et la « maxime est vraie, quand il s'agit des par- « ticuliers exerçant leur liberté naturelle et « civile.

« Mais à l'égard des dépositaires ou agents « de la puissance publique, il en est tout « autrement: il faut tenir généralement la « maxime toute contraire, *tout ce qui n'est « pas permis est défendu.*

« Reste que tout ce qui est fait au delà ou « en deçà du pouvoir que la loi a conféré « est un excès de pouvoir *positif* ou *négatif*, « une contravention à la loi institutive.

« Et dans ce genre, poursuit le savant « arrêtiste, il importe d'observer que le « pouvoir est ordinairement conféré pour « être exercé avec *telles formes*, de sorte « que l'observation des formes soit une « condition de l'exercice du pouvoir, et que « *la violation* de ces formes dégénère en « excès de pouvoir. »

Ainsi donc, si, comme nous venons de le dire au numéro précédent, il est quelquefois permis de recourir, en matière criminelle, aux dispositions des lois relatives à la procédure civile, les juges civils, saisis en cette qualité, ne peuvent s'approprier des actes de la juridiction criminelle.

On ne saurait contester, en effet, que leur juridiction, absolument distincte de celle-ci, et dont l'exercice est limité par les lois de compétence qui lui sont propres, ne peut agir que suivant les règles et les formes de procédure auxquelles elle est soumise. Ce n'est qu'au moyen de ces règles et de ces formes que la vérité doit lui parvenir; elles sont, s'il est permis de s'expliquer ainsi pour rendre l'idée plus sensible, *les yeux* qui lui ont été donnés pour la chercher et l'apercevoir; il lui est interdit de la voir par ceux d'autrui.

La décision définitive qui interviendrait serait évidemment sujette à cassation, non-seulement à raison de cet excès de pouvoir, mais encore pour défaut d'application ou pour violation des lois de la procédure civile, les seules suivant lesquelles il est permis de procéder à l'instruction.

Réciproquement, en matière criminelle, le juge criminel ne peut, hors les cas indiqués au n° 4, appliquer à l'instruction des affaires de sa compétence, les règles et les formes de la procédure civile; et, par exemple, la juridiction criminelle, quoique déclarée, par l'art. 3 du Code d'instruct. crimin., et par exception au droit commun, compétente pour statuer sur la réparation civile du préjudice causé par une contravention, un délit ou un crime, ne peut néanmoins suivre, en ce qui la concerne, les formalités établies pour l'exercice de la juridiction civile, et conséquemment se dispenser d'entendre les témoins à l'audience, ainsi qu'il lui est prescrit par le Code d'instruction, etc.

(Addition de M. Carré, de 1831.)

TITRE V.

Des actions en général et de leur exercice (1).

62. L'APPLICATION des règles de la procédure civile commence au moment même où il s'agit de former une action en justice. Le Code indique bien les tribunaux devant lesquels les actions doivent être por-

(1) Nous avons traité en ce titre des actions en général et de leur exercice; tout ce que nous avons établi sur cette matière, n'offre que des notions générales d'une doctrine consacrée par la jurisprudence, et à laquelle il faut se conformer pour l'application des dispositions du Code de procédure, qui s'est borné à parler des actions, mais sans les définir. Il est à remarquer, en outre, que les lois de la compétence gardent le même silence.

Ainsi, par exemple, l'art. 2 du Code de procédure désigne le juge de paix devant lequel l'on doit *citer*, en matière *purement personnelle* ou *mobilière;* l'art. 59 indique devant quel tribunal d'arrondissement ou de commerce l'on doit assigner, en matière *personnelle*, *réelle* ou *mixte*. Ces deux dispositions, qui ont pour objet l'exécution des art. 9, tit. 3, 4 et 5 de la loi du 24 août 1790 et de l'art. 631 du Code de commerce, lesquelles attribuent à ces juges et à ces tribunaux une compétence plus ou moins étendue, relativement à ces matières, n'indiquent en aucune manière ce qui constitue la nature et l'objet d'une action personnelle, réelle ou mixte.

A défaut de définitions légales, chaque espèce d'action est la source de plusieurs difficultés, résultant nécessairement de ce que l'on est encore obligé de recourir, pour les qualifier ainsi, aux doctrines des auteurs qui, comme l'a fait observer la Cour de cassation dans le projet d'un livre préliminaire du Code de procédure civile, ne sont pas des lois; qui, d'ailleurs, ne sont pas toujours d'accord entre eux. Mais les définitions proposées par cette Cour n'ont point été consacrées par le Code de procédure civile, et c'est pourquoi nous avons cru devoir approfondir ces doctrines, dans notre Traité des lois de la compétence des juridictions civiles (*), en y insérant une dissertation où nous avons expliqué les principes généralement reçus sur cette matière, et développé en même temps les raisons qui nous ont paru déterminer le législateur, soit à modifier ces principes, soit même à leur en substituer d'autres, surtout en ce qui concerne les *actions mixtes*.

Cette dissertation forme le supplément indispensable des notions qui composent le chapitre 1er du titre 5 de notre introduction. On y joindra, pour connaître le système admis en droit romain sur la même matière, et en quoi les doctrines actuelles en diffèrent, le chap. 4 de l'introduction qui précède le savant ouvrage de la *Théorie de la procédure civile*, par notre honorable confrère M. Boncenne (*); et l'on devra remarquer avec lui, que notre droit n'a point adopté les dénominations et les distinctions, multipliées à l'infini, que l'on trouve dans le premier; que chez nous les actions s'expliquent sans qu'il soit nécessaire de les nommer; qu'elles sont toutes de bonne foi, en ce sens que le juge estime ce qu'il faut accorder et ce qu'il faut refuser au demandeur, *quantùm vel quid æquiùs, vel meliùs*, sans néanmoins qu'il puisse ajouter à la demande et juger *ultrà petita :* en sorte que, s'il est demandé plus qu'il n'est dû, ce n'est point un motif de rejeter l'action, mais seulement de la réduire.

Ainsi de ce que nous avons dit, page XXIV, n. 71, de l'introduction à la procédure, que, parmi les actions réelles, personnelles et mixtes, il en est que l'on désigne sous les dénominations propres que nous avons indiquées, il n'en résulte, en droit, aucune conséquence par rapport à l'application des lois de la compétence et de la procédure.

(Addition de M. Carré, de 1831.)

(*) V. t. 1, 2e part., liv. 2, tit. 1, p. 470-578 de l'édit. in 4°, et ed. de M. Victor Foucher, t. 3, p. 258.

(*) Tom. 1, p. 55-79, 1re édit.

tées (1), mais il ne s'explique point sur leur nature ; il n'entre non plus dans aucun détail sur les attributions de l'autorité judiciaire en général et de chaque tribunal en particulier. Il se borne à tracer la marche de la procédure.

63. Cela ne suffit point pour l'élève de droit, qui ne peut se dispenser, avant d'étudier la procédure, d'acquérir des notions exactes sur la nature des actions, sur leur objet et sur leur exercice. Il n'est pas moins nécessaire qu'il connaisse au moins les dispositions principales des diverses lois qui règlent le pouvoir du magistrat.

De là les notions succinctes que nous présentons dans les chapitres suivants, sur les *actions en général*, sur leur exercice et la compétence des tribunaux civils.

CHAPITRE Ier.

Des actions en général. (2)

64. Tout droit qui dérive d'une loi positive suppose la faculté de réclamer l'appui de l'autorité judiciaire, soit afin d'obtenir, conserver ou recouvrer la jouissance de ce droit, soit afin d'être indemnisé de sa privation.

C'est cette faculté que l'on nomme *action* dans l'acception la plus étendue du mot. L'*action* est donc en ce sens le droit de poursuivre en justice ce qui nous appartient ou ce qui nous est dû.

Elle participe de la nature même des droits dont elle a pour objet la poursuite, et sous ce rapport les principes qui la régissent sont consignés dans le Code civil et dans le Code pénal.

65. Mais les lois de la procédure, soit civile, soit criminelle, envisagent l'action sous un autre point de vue : elles la considèrent comme devant être ou étant déjà exercée en justice ; ainsi, dans le langage de la pratique, l'*action* est l'exercice de la faculté de poursuivre nos droits, ou, en d'autres termes, c'est une réclamation quelconque formée devant l'autorité judiciaire.

---

(1) *V.* les art. 2, 3, 50, 59 et 60.

(2) *V.*, au Recueil de Sirey, 1809, p. 1, le projet proposé par la Cour de cassation dans ses observations sur le Code de procédure, d'un livre préliminaire qui eût traité des *actions* et *de la compétence des tribunaux*. Nous ne saurions trop recommander, sur le premier objet, la lecture du Traité de notre estimable collègue M. Poncet, professeur de la faculté de Dijon, ouvrage qui fait vivement désirer celui qu'il a annoncé sur la compétence.— (*V.* aussi ses observations, *J. Av.*, v° *Action*, t. 2, p. 303.)

[On peut consulter les savantes observations de Boitard, t. 1, p. 174, sous l'art. 59, Cod. pr. c. C'est à cet article que nous rattacherons tout notre système sur cette matière si simple, selon nous, et si souvent hérissée, par les auteurs, de difficultés théoriques complétement inapplicables.]

Ces mots *action*, *demande*, sont donc absolument synonymes; si l'on dit qu'une personne a *action*, pour exprimer le droit qu'elle a de former *demande*, de même on dit qu'une *action* est intentée pour exprimer qu'une demande est formée.

66. Il y a *action* pour l'Etat toutes les fois qu'un individu est légalement prévenu d'être auteur ou complice d'un fait punissable aux termes des lois pénales.

Il y a *action* pour chaque individu, toutes les fois qu'il éprouve quelque empêchement illégal dans la jouissance ou l'exercice de ses droits privés.

Dans le premier cas, l'action est *publique*, et le fait criminel est le seul qui y donne lieu, abstraction faite de l'intérêt privé de la personne lésée (1). Dans le deuxième cas, l'action est *civile*, puisque l'individu qui l'exerce n'a en vue que son intérêt privé.

67. L'*action publique* est ainsi appelée parce qu'elle a pour objet l'application de la loi pénale au fait réputé criminel, et la réparation du dommage causé à la société entière; elle est exercée devant les juges criminels par les fonctionnaires publics auxquels elle est confiée par la loi (2).

68. L'action que l'on nomme *civile* ou *privée* n'a pour objet que l'intérêt civil ou privé de celui qui l'exerce; elle est toujours portée par lui devant le juge civil, à moins qu'elle ne soit fondée sur un dommage résultant d'un fait punissable, auquel cas elle peut être poursuivie, soit devant le juge criminel, en même temps que l'action publique, soit séparément devant le juge civil (3).

Nous n'avons à parler ici que de l'action civile poursuivie en justice civile, soit qu'elle dérive d'un délit, soit qu'elle provienne de toute autre cause.

69. Mais puisque toute action participe de la nature du droit dont elle a pour objet la poursuite, nous avons à remarquer que l'on distingue autant d'espèces d'actions civiles que l'on connaît aussi d'espèces de droits civils.

70. Les droits civils sont *personnels* ou *réels*.

Les *droits personnels* sont ceux qui résultent, soit de l'obligation légale ou contractuelle d'une personne, soit de son état civil. Ces derniers sont souvent appelés droits des personnes, et donnent lieu aux actions que l'on appelle *questions d'état*.

Les *droits réels* sont ceux que l'on a dans une chose ou sur une

---

(1) Code d'instruction crimin., art. 1.
(2) *Ibid.*, art. 1.
(3) Code d'instruction crimin., art. 3.

chose, *indépendamment de la convention de l'individu qui la détient.*

Par conséquent, et suivant les définitions que nous avons données *infrà*, pag. 6 et 120, l'*action personnelle* est celle qui s'exerce contre la personne obligée ou ses héritiers, et l'*action réelle*, celle que l'on poursuit contre tout détenteur de la chose dans laquelle ou sur laquelle on réclame un droit réel.

Mais comme il est possible qu'à un droit réel se joigne un droit personnel, l'action par laquelle on poursuit tout à la fois l'un et l'autre est appelée *mixte*, parce qu'elle participe de l'action *personnelle* et de l'action *réelle*.

71. Cette distinction des actions se rapporte uniquement à leur objet général et commun, mais chacune d'elles peut être désignée sous des dénominations propres, suivant son objet particulier, suivant le but que le demandeur se propose, le temps et les circonstances dans lesquels on l'exerce, et la procédure plus ou moins étendue qu'elle occasionne, etc.

Ainsi, parmi les actions. les unes sont *mobilières* et *immobilières*, *possessoires* et *pétitoires*, *hypothécaires*, *rédhibitoires*, *conservatoires;* les autres *principales*, *incidentes*, *subsidiaires*, *reconventionnelles*, *préjudicielles*, *rescisoires*, *ordinaires*, *sommaires*, etc. Nous les avons définies au fur et à mesure que le développement de la doctrine du Code et la discussion de ses difficultés pratiques nous en ont fourni l'occasion.

Ce qu'il importe de remarquer maintenant, c'est qu'avant d'intenter une action, il y a plusieurs observations à faire, soit pour prévenir les *fins de non-recevoir* que le défendeur pourrait opposer (*V.* n° 72 à 76 de cette *Introd.*), soit pour indiquer les précautions que le demandeur doit prendre lui-même, afin de se mettre en état de justifier au fond l'objet de sa demande. — (*V.* n° 76).

CHAPITRE II.

De l'exercice des actions.

—

SECTION PREMIÈRE.

Observations à faire avant de former une demande.

72. Celui qui se propose de former une demande en justice doit se procurer avant tout la certitude qu'elle ne renferme pas en elle-même des causes qui la rendraient *non recevable*, c'est-à-dire qui autoriseraient le juge à la rejeter sans examiner si le droit sur lequel elle est établie est bien ou mal fondé.

C'est l'opposition de semblables moyens que l'on appelle *fins de non-recevoir* ou *exceptions péremptoires du fond* (1).

Pour prévenir ces exceptions, il est nécessaire d'examiner,

1° Si l'on est rigoureusement obligé de former la demande, car il est des avantages qui sont acquis de plein droit, et sans qu'il soit besoin d'en faire la réclamation en justice : tels sont, par exemple, les effets de la subrogation (Cod. civ., art. 1251), de la compensation (art. 1290), de la saisine des successions (art. 724).

2° Si l'on a véritablement action, autrement un *droit d'agir en justice*, fondé sur une disposition expresse, ou du moins sur une conséquence immédiate de la loi positive. Les obligations purement naturelles ne produisent point d'action, soit pour contraindre à les accomplir, soit pour répéter ce que l'on aurait payé pour leur exécution (Cod. civ., art. 1235), et il en est de même des dettes de jeu et de pari (art. 1965, 1967).

3° Si le droit d'agir n'est pas éteint par prescription ou transaction, enfin, par l'une ou l'autre des différentes manières dont s'éteignent les obligations, comme *paiement*, *novation*, *délégation*, etc. (2).

4° Si l'exercice de ce même droit n'est pas du moins suspendu par un *terme* ou par une condition (3).

5° Si l'action n'est pas déjà formée et en *litispendance* (4), ou si elle n'est pas *connexe* à une autre action précédemment introduite : en ce cas, il y a lieu à déclarer la dernière action non recevable, et à renvoyer les parties à procéder devant le juge saisi de la première (5).

6° S'il n'y a pas *concours*, autrement *rencontre* de plusieurs actions, car, en cette circonstance, il faudrait examiner si la loi permet d'exercer à la fois ces diverses actions, autrement de former simultanément plusieurs demandes, ou si elle n'autorise au contraire à n'intenter qu'une seule d'entre elles : précautions très importantes, puisque l'option entre deux ou plusieurs actions étant une fois consommée, le demandeur se rendrait souvent non recevable à former désormais celle qu'il n'aurait pas choisie d'abord.

Mais ceci suppose, suivant la maxime *quoties concurrunt plures actiones ejusdem rei nomine, una quis experiri debet* (6), qu'une seule action

---

(1) *V.* le *Traité des fins de non-recevoir*, par M. Le Merle, avocat à Nantes, in-8°, Nantes, 1819.

(2) *V.* Code civil, liv. 3, tit. 3, chapit. 5, et en outre tit. 15 et 20. Nous expliquerons en leur lieu les effets du désistement, du serment déféré et de la chose jugée, parce que les règles relatives à ces manières d'éteindre les obligations appartiennent particulièrement à l'explication d Code de procédure.

(3) Code civil, art. 1168, 1176, 1180 1185, 1186.

(4) De *lis*, *litis*, procès, et de *pendere*, être en suspens.

(5) V. *infrà*, t. 1, p. 446 et 448, et l'art. 171.

(6) Digeste, *de reg. jur.*, *leg.* 43, § 1.

suffit pour remplir le but de la demande, car, si le demandeur ne pouvait obtenir pleine et entière satisfaction par l'exercice d'une seule action, il est incontestable qu'il pourrait exercer en même temps toutes celles qui lui seraient nécessaires.

C'est à cette jonction de plusieurs actions simultanément exercées que l'on donne le nom de *cumulation.*

La *cumulation* exprime donc le droit de profiter en même temps de plusieurs moyens d'obtenir justice, et le *concours* la faculté d'en choisir un seul entre plusieurs (1).

73. Le but de l'action étant de contraindre celui contre lequel elle est dirigée à l'accomplissement de ses obligations, il s'ensuit qu'on ne peut en former aucune, si l'on n'a un *intérêt* particulier et légitime. Une demande qui ne tendrait qu'à nuire au défendeur, sans apporter aucun profit légal au demandeur, serait donc infailliblement rejetée; de là cette maxime, *l'intérêt est la mesure des actions.*

---

(1) Ainsi, lorsqu'il a été porté atteinte par un délit aux intérêts privés d'une personne, il y a *concours d'actions*, aux termes de l'art. 3 du Code d'instruction criminelle, puisque la partie lésée a le choix de porter sa demande en dommages-intérêts, soit en justice civile, soit en justice criminelle; mais il ne peut y avoir *cumulation*, parce qu'il lui est interdit de poursuivre simultanément cette demande par les deux voies, l'une ou l'autre la conduisant également au même but, qui est de lui procurer la réparation du préjudice qu'elle souffre.

Ainsi encore, supposons, avec M. Pigeau, t. 1, que Charles ait contracté envers Paul l'obligation de lui défricher vingt hectares de bois, et se soit engagé à lui payer 1,000 francs, à défaut de remplir cette obligation. Charles ne fait point le défrichement: Paul aura le choix, ou de poursuivre l'exécution de l'obligation principale, ou d'exiger les 1,000 francs stipulés par la clause pénale. (Cod. civ., art. 1228). Deux actions *concourent* donc en sa faveur; mais, comme il ne peut demander à la fois le principal et la peine (1229), il n'y aura pas *cumulation.*

Ces deux exemples prouvent combien il importe de réfléchir, avant de choisir entre deux voies; car, dans la première espèce, il est un principe qui, pour n'être pas consigné dans nos nouvelles lois, comme il l'était dans l'ordonnance de 1670, n'en est pas moins incontestable (V. *Nouv. Répert.*, au mot *Conversion*), et d'après lequel la partie civile qui n'a pas pris la voie criminelle se rend non recevable à abandonner la voie civile pour prendre l'autre; tandis que, si elle s'est pourvue au criminel, elle peut revenir à la voie civile; dans la seconde espèce, si la partie a préféré demander les 1,000 francs, elle se rend non recevable à abandonner cette demande, et à poursuivre l'exécution de l'obligation principale.

Mais supposons que Pierre soit créancier de Paul pour cause de prêt: il a contre ce dernier une action pour le faire condamner à payer cette somme. Néanmoins, comme il peut se faire que la simple condamnation ne suffise pas pour faire parvenir Pierre au paiement de son dû, les lois lui donnent encore d'autres actions qu'il peut exercer et joindre à la première. Ainsi, dit M. Pigeau, p. 59, il peut former opposition entre les mains d'un débiteur de Paul, et assigner celui-ci pour voir dire que la somme que ce débiteur reconnaîtra lui devoir sera délivrée à lui Pierre jusqu'à concurrence de son dû. Il y aura ici *cumulation*, c'est-à-dire que cette seconde action pourra s'intenter *en même temps* que l'autre ou depuis, sans exclure la dernière, toutes les deux étant necessaires pour parvenir au but de Pierre, qui est de se faire payer. Or, il pourrait ne pas atteindre ce but, en ne faisant des poursuites que contre Paul seulement, puisque celui-ci pourrait n'avoir entre ses mains aucune de ses facultés pécuniaires, qui seraient toutes entre les mains d'un tiers.

Mais il n'est pas toujours nécessaire que l'intérêt soit *actuel*, il suffit quelquefois qu'il soit susceptible de se *réaliser* légalement : c'est ainsi qu'un habile à succéder peut, durant le délai que la loi lui donne pour délibérer, exercer une action purement *conservatoire*, et faire tous autres actes qui ne tendraient qu'à la conservation, à la surveillance et à l'administration provisoire des biens de la succession; il lui importe seulement, dans ces circonstances, de protester qu'il n'agit qu'en sa qualité d'*habile*, afin de ne pas courir les risques de faire présumer de sa part l'acceptation d'hérédité, aux termes des art. 776 et 779 du Code civil. — (V. *infrà* sur l'art. 174).

D'un autre côté, il est des cas où un intérêt *éventuel* serait insuffisant pour autoriser l'action; tel est celui de l'art. 187 du Code civil, qui exige expressément un intérêt né et actuel, lorsqu'il s'agit d'attaquer un mariage ou d'en soutenir la nullité. Il en est d'autres aussi où l'intérêt, quel qu'il fût, n'empêcherait pas de déclarer le demandeur non recevable; par exemple, on ne peut attaquer un jugement par tierce opposition quand on y a été représenté par le condamné. — (Cod. de procéd., art. 374.)

74. L'intérêt naît du droit dans lequel le demandeur se croit justement fondé; mais l'action ou la faculté de poursuivre le droit en justice lui appartient, soit de son chef, soit par transmission; en effet, l'action est un véritable bien qui fait partie de notre fortune, et qui par conséquent est, comme tout autre, *transmissible et divisible* (1).

Comme *transmissible*, l'action fait partie d'une succession et passe aux héritiers; celui qui contracte stipule non-seulement pour lui-même, mais pour les siens. L'héritier d'une action a donc le droit d'en poursuivre le débiteur, et par la même raison il est chargé de répondre aux actions dont son auteur était tenu : c'est le motif pour lequel les titres exécutoires contre le défunt le sont également contre la personne de l'héritier.—(Cod. civ., art. 887.)

Comme *divisible*, l'action peut être intentée et poursuivie par chacun des héritiers pour sa part et portion, de même que chacun d'eux n'est tenu personnellement qu'au prorata de sa portion héréditaire, quoiqu'il le soit hypothécairement pour le tout (Cod. civ., art. 873), attendu que l'hypothèque est essentiellement indivisible et ne peut être

---

(1 Exemple : Une personne laisse dans sa succession une dette de 10,000 francs, hypothéquée sur une maison. Quatre héritiers acceptent la succession purement et simplement. Par l'événement du partage, la maison tombe à Pierre, l'un d'eux; il peut être poursuivi par le créancier des 10,000 francs pour la totalité de cette somme, comme détenteur de la maison hypothéquée; mais comme il ne doit, en qualité d'héritier, que le quart de la dette, c'est-à-dire 2,500 francs, par suite du principe de la divisibilité, il aura son recours contre chacun des cohéritiers, afin d'obtenir remboursement des 7,500 francs qu'il a payés en sus de sa portion.

détruite ni morcelée par la mutation de propriété ou par le partage des biens.

Ici se présentent deux observations importantes : la première consiste à faire remarquer qu'encore bien que l'action hypothécaire puisse être exercée sans division contre un des héritiers, cela ne contrarie point le principe de la divisibilité, puisque cet héritier, condamné hypothécairement au paiement de la totalité d'une créance, exerce contre ses consorts un recours en remboursement de ce qu'il aurait payé au delà de sa part virile, comme détenteur de l'objet hypothéqué : chacun des cohéritiers contribue donc en définitive au paiement de la dette, et par conséquent le principe de la *divisibilité* produit ses effets.

La seconde se rattache au principe posé ci-dessus n° 70, que l'action réelle s'exerce contre tout détenteur, indépendamment de son obligation personnelle ou de celle de son auteur : d'où suit qu'elle ne peut être dirigée contre l'héritier, à moins qu'il ne soit détenteur lui-même. Mais le détenteur poursuivi peut, conformément à l'art. 182 du Code de procédure, exercer son action en garantie formelle, soit contre celui dont il tient sa jouissance, soit contre l'héritier de ce dernier.

A son tour, l'héritier d'une action réelle l'exerce contre le détenteur, et par conséquent, lorsqu'il s'agit d'intenter une action de cette nature, le principe de la *transmissibilité* des actions produit également ses effets.

Mais l'héritier, quoique représentant universel du défunt, n'a pas toujours et indistinctement action du chef de celui-ci. C'est ce qui arrive toutes les fois qu'il s'agit de droits qui étaient attachés individuellement à la personne de son auteur, tels que ceux de gérer une tutelle, d'agir comme exécuteur testamentaire, de faire révoquer une donation pour ingratitude, de réclamer des profits ou revenus qui ont dû cesser à sa mort, comme un usufruit, une rente viagère ou des biens donnés à un enfant adoptif.—(Cod. civ., art. 419, 1032, 957, 617, 1980 et 352.)

Au surplus, toutes les fois que l'action à exercer a été transmise soit par succession soit autrement, comme par donation, par transport ou cession, etc., le demandeur doit, avant tout, justifier de la transmission qui lui a été faite à titre universel ou singulier ; dans le cas contraire, il serait déclaré non recevable par *défaut de qualité*.

75. En vain le demandeur aurait-il *intérêt* et *qualité*, il faut encore pour qu'il puisse valablement intenter action, qu'il y ait *capacité d'ester en justice* (*stare in judicio*), c'est-à-dire d'y paraître, d'être partie dans un procès, et que celui contre lequel il prétend agir jouisse lui-même de cette faculté.

De l'incapacité de l'une des parties dérive, en effet, soit en faveur de la personne incapable, soit même quelquefois en faveur de l'autre, une

exception qui rendrait la demande non recevable, du moins jusqu'à ce que l'incapable fût assisté d'un représentant légal, ou, suivant les circonstances, autorisé, dans les formes prescrites, à poursuivre sa demande ou à présenter sa défense.

Il est donc indispensable que celui qui se propose d'exercer une action soit certain de sa capacité et de celle de sa partie adverse, et, pour acquérir cette certitude, il doit consulter les diverses dispositions que nos lois renferment à ce sujet :

1° Relativement aux *communes et aux établissements publics*, l'art. 69 du Code de procédure, et les lois et décrets que nous citerons sur l'art. 1032;

2° *Au condamné*, soit à une peine emportant mort civile, soit à une peine afflictive et infamante temporaire, les dispositions des art. 28, 34, 42 et 43 du Code pénal, 465 du Code d'instruction criminelle, 25 et 28 du Code civil;

3° *Aux mineurs et aux interdits*, celles des art. 464, 465, 469, 309 et 815 du Code civil, et 954 du Code de procédure;

4° *Aux mineurs émancipés*, celles de l'art. 482 du Code civil;

5° *Aux personnes* pourvues de *conseil judiciaire*, celles de l'art. 513 du même Code;

6° *Aux faillis*, les art. 442, 448, 449, 563, 598 et 600 du Code de commerce;

7° Enfin *à la femme mariée*, les art. 215, 218 du Code civil, et 861 et suivants du Code de procédure.

Parmi les incapacités dérivant des dispositions de ces articles, les unes sont absolues, les autres relatives.

Les incapacités *absolues* sont celles qui tiennent à l'ordre public, sans considération de l'intérêt de la personne, comme l'incapacité du condamné et du failli, ou à l'ordre public, mais d'une manière secondaire, et particulièrement dans l'intérêt de la personne, comme celle des communes et des établissements publics.

Les incapacités *relatives* sont celles qui ne sont prononcées que dans l'intérêt privé de la personne, comme l'incapacité des mineurs, des interdits, de la femme mariée.

Dans le premier cas, la fin de non-recevoir peut être opposée en tout état de cause, même par la partie qui a procédé volontairement contre l'incapable.

Dans le second, elle peut l'être également en tout état de cause, mais seulement par l'incapable ou ceux qui le représentent, et non par la partie qui aurait volontairement procédé contre lui.—(Arg. des art. 225 et 1125 du Code civil.)

76. Le demandeur qui, d'après les observations qui précèdent, a

fait tout ce qui dépendait de lui pour s'assurer qu'aucune fin de non-recevoir ne lui sera valablement opposée, doit examiner s'il a des moyens de *justifier au fond* l'objet de sa demande, en prouvant les faits sur lesquels il la fonde, et en démontrant, par les dispositions de la loi, que le droit qu'il réclame lui appartient véritablement.

C'est en effet au demandeur qu'il appartient de prouver, suivant la maxime déjà citée, *auctore non probante*, etc; maxime formellement consacrée par l'art. 1315 du Code civil.

Les faits se prouvent, soit par titres, soit par témoins, soit par le concours des présomptions que les lois autorisent à prendre pour base de décision. —(Cod. civ., tit. 3, chap. 6.)

Mais on doit remarquer qu'aucun titre authentique ou privé ne peut être produit en justice s'il n'est timbré. — (Lois des 13 brumaire an 7 sur le timbre; 22 frimaire même année, et 7 pluviôse an 9, sur l'enregistrement.)

On supplée au défaut de ces différents genres de preuves par celles que peut fournir l'instruction judiciaire, et conséquemment après la demande, au moyen du serment déféré ou référé, de l'aveu de la partie, de l'interrogatoire, de l'expertise, etc.

77. Toutes les observations que nous venons de consigner dans cette section, ayant été faites par celui qui se propose d'agir en justice, il n'a plus qu'à s'assurer de la compétence du juge devant lequel il devra se pourvoir. Les lois concernant les attributions des diverses autorités judiciaires ont donc un rapport intime avec l'exercice des actions, et par conséquent les règles générales de la compétence de ces autorités trouvent naturellement leur place dans la section suivante.

SECTION II (1).

Des juges devant lesquels l'action doit être portée.

78. L'*action* doit être portée devant les juges auxquels la loi donne *compétence* pour en connaître.

---

(1) Dans cette section, nous avons posé d'abord les principes généraux et élémentaires de la compétence, d'après l'espèce de juridiction qu'exercent les différents tribunaux devant lesquels l'action doit être portée; mais nous avons averti, par une note, que ces préliminaires n'offraient, à vrai dire, que le sommaire des matières qui seraient traitées, avec toute leur étendue et tous les développements dont elles seraient susceptibles, dans notre *Traité des lois de l'organisation et de la compétence.* C'est aussi ce que nous avons fait au liv. 2 de ce Traité, intitulé : *Des règles de compétence communes à tous les tribunaux* (*).

L'acte de juridiction fait par un juge hors de son territoire serait-il nul?

La solution affirmative de cette question s'appliquerait-elle au cas où le juge ferait

(*) Tom. 1, p. 463-467 éd. in-4°, et t. 3, p. 239, de l'édition de M. Victor Foucher.

Ce mot *compétence*, dérivé du mot *competere*, appartenir, exprime en général la portion de pouvoir attribuée par la loi à chaque fonctionnaire public en particulier, « *quod cuique competit* »

Appliqué aux fonctions judiciaires, il désigne le pouvoir que la loi confère à tel tribunal, plutôt qu'à tel autre, de prononcer sur une contestation judiciaire.

Ce pouvoir est réglé, soit à raison de la nature de l'action, soit à raison du territoire dans l'étendue duquel un tribunal exerce sa juridiction, c'est-à-dire son droit de juger pris d'une manière absolue.

Il l'est à *raison de la nature de l'action*, quand la loi a exprimé généralement, comme l'art. 4 du tit. 4 de celle du 24 août 1790, et l'art. 59 du Code de procédure, que tels tribunaux connaîtront de telle action.

Il l'est à *raison du territoire*, quand elle déclare, comme le même art. 59, que parmi les tribunaux compétents pour une action, le demandeur devra s'adresser, soit à celui du domicile du défendeur, soit à celui de la situation de l'objet litigieux.

Ainsi deux choses sont à considérer pour savoir si un tribunal est compétent ou incompétent:

1° L'affaire que l'on entend lui soumettre est-elle du nombre de celles dont la loi lui attribue la connaissance?

2° En cas d'affirmative, est-ce devant le tribunal du domicile du défendeur ou devant celui de la situation de la chose que l'on doit porter l'action?

Dans le premier cas, on dit que le tribunal est compétent à raison de la matière, *ratione materiæ;* dans le second, qu'il l'est à raison de la personne, *ratione personæ*, ou de la situation de la chose.

De ce que le tribunal devant lequel on porterait une action serait incompétent sous l'un de ses rapports, il en résulterait, en faveur du défendeur, une exception déclinatoire dont l'effet serait de faire prononcer le renvoi de l'affaire devant le tribunal compétent, et de mettre à la charge du demandeur tous les frais qui auraient été faits jusqu'alors.

79. Les autorités investies du droit de prononcer sur les contestations

---

un acte de juridiction dans un lieu autre que celui que la loi lui désigne pour exercer juridiction?

Ce principe, d'après lequel le juge est incompétent hors de son territoire, suppose-t-il que ses actes ne sont exécutoires que dans l'étendue de son ressort?

Quid, des actes émanés des tribunaux étrangers?

Est-il des cas dans lesquels la juridiction peut s'exercer, hors du territoire d'un tribunal?

Telles sont les questions d'application que nous avons examinées et résolues à l'occasion de ces notions préliminaires. Les unes et les autres forment le complément des principes généraux posés dans cette section.

(Addition de M. Carré, de 1831.)

judiciaires sont distribuées en plusieurs branches, suivant l'importance et l'objet des affaires et l'étendue de pouvoirs qui leur est donnée, pour statuer *en premier ressort*, c'est-à-dire à charge d'appel; et si l'on veut en premier degré de juridiction seulement, ou *en dernier ressort*, autrement sans appel, c'est-à-dire en premier et second degré de juridiction tout à la fois.

De là, dans l'organisation judiciaire, une hiérarchie qui établit des tribunaux inférieurs et des tribunaux supérieurs.

80. La Charte constitutionnelle (art. 56, 60 et 61) ayant maintenu les autorités judiciaires existantes à l'époque de sa promulgation, le pouvoir de juger s'exerce, pour les matières civiles,

1° *Par des juges de paix*, chargés de prononcer sur les contestations les moins importantes, et de concilier, s'il est possible, le plus grand nombre des différends que le tribunal supérieur aurait à juger;

2° *Par des tribunaux de première instance* civils et de commerce;

3° *Par des cours royales*, dont la principale fonction consiste à statuer sur les appels de ces tribunaux;

4° *Par une cour suprême et régulatrice*, siégeant dans la capitale, et instituée, sous le titre de *cour de cassation*, pour assurer la stricte exécution des lois, en cassant les jugements en dernier ressort et les arrêts qui présentent une contravention aux formes judiciaires prescrites à peine de nullité, un excès de pouvoir ou une fausse application de la loi;

5° *Par des arbitres*, c'est-à-dire par des personnes choisies par les parties, lorsque la loi les autorise à substituer ces juges volontaires à ceux qu'elle désigne.

81. Parmi ces différentes autorités, on distingue celles qui exercent la *juridiction ordinaire* et celles qui n'ont que la juridiction *extraordinaire* ou d'*exception* (1).

Par *juridiction ordinaire* on entend celle qui embrasse toutes les matières contentieuses, à la seule exception de celles qui sont spécialement attribuées à certains tribunaux.

La *juridiction extraordinaire* ou d'*exception* est au contraire celle de ces tribunaux spécialement institués pour connaître *exclusivement* de certaines affaires détachées de la juridiction ordinaire.

L'une appartient aux tribunaux civils d'arrondissement et aux Cours royales, l'autre aux juges de paix et aux tribunaux de commerce.

Deux principes de la plus haute importance se rattachent à cette distinction :

---

(1) *Voy.*, sur cette distinction de la juridiction, le *Traité de l'administration de la justice*, par Jousse, 1re part., tit. 1, sect. 4, et celui de l'autorité judiciaire, par M. Henrion de Pansey, chap. 10, page 214, nouv. édit. in-4°.

1° Le magistrat qui exerce la juridiction ordinaire connaît de toutes les affaires, encore bien que la loi ne les ait pas expressément désignées. Sa compétence n'a de limites qu'une disposition de la loi qui attribuerait nommément à un autre tribunal telle ou telle action, tandis que le juge qui n'exerce que la juridiction d'exception est strictement restreint dans le cercle de ses attributions, et ne peut connaître que des affaires qui lui sont formellement attribuées.

2° La juridiction ordinaire réunit à la puissance de juger le droit que les Romains appelaient *imperium*, et qui consiste à contraindre à l'exécution des jugements. Les juges d'exception, au contraire, ne connaissent point de l'exécution de leurs décisions, en sorte que toutes les difficultés qu'elle peut présenter rentrent dans les attributions des juges ordinaires, qui ont cette juridiction pleine et entière, *jurisdictionem propriè dictam et imperium.*

C'est toujours sous cette distinction que chaque tribunal exerce le pouvoir de juger dans les matières que nous allons indiquer, et qui forment sa *compétence.*

§ 1er.

Des justices de paix.

82. Les Justices de paix, dont l'institution a été justement considérée comme un bienfait de l'Assemblée nationale constituante, furent, en 1790, substituées aux basses juridictions pour juger sommairement, à peu de frais, et sans ministère d'avoué, les contestations de peu d'importance, et celles surtout dont la décision est plus de fait que de droit.

Elles forment le premier degré de la hiérarchie judiciaire. Les attributions des juges qui les exercent sont ou *judiciaires*, ou *extrajudiciaires*, ou *conciliatoires.*

Comme *juge proprement dit*, c'est-à-dire comme fonctionnaire institué pour *prononcer sur une contestation*, le juge de paix connaît seul, dans l'étendue de son canton, des causes *purement personnelles et mobilières*, sauf l'appel jusqu'à la valeur de 50 fr., ou à la charge de l'appel jusqu'à celle de 100 fr.

Mais la loi lui refuse juridiction en toute matière réelle, immobilière et mixte, à la seule exception des actions possessoires, et même en matière personnelle, lorsque la valeur de la demande n'étant pas déterminée, les parties n'ont pas prorogé sa juridiction.

Outre les actions purement personnelles et mobilières, d'une valeur déterminée, le même juge connaît également, sans appel, jusqu'à la valeur de 50 fr., et à la charge d'appel, à quelque somme que la demande puisse monter.

1° Des actions civiles pour dommages faits, soit par les hommes soit par les animaux, aux champs, fruits et récoltes;

2° Des mêmes actions pour déplacement de bornes, usurpation de terres, arbres, haies, fossés et autres clôtures, commises dans l'année, des entreprises sur les cours d'eau servant à l'arrosement des prés, commises également dans l'année, et enfin de toutes actions *possessoires;*

3° Des réparations locatives des maisons et fermes, c'est-à-dire *de celles-là seulement qui sont de plein droit à la charge des locataires et fermiers, et auxquelles, par conséquent, ils sont assujettis, quoiqu'il n'en soit fait aucune mention dans les baux; mais non des réparations plus considérables que ces baux pourraient mettre à leur charge;*

4° Des indemnités prétendues par les fermiers ou locataires pour non jouissance, lorsque le droit à l'indemnité n'est pas contesté, *de manière que la défense du propriétaire formât une fin de non-recevoir contre la demande du fermier ou locataire;* enfin, des dégradations alléguées par le propriétaire;

5° Du paiement des salaires des gens de travail, *autrement des journaliers, c'est-à-dire de tous ceux dont l'engagement peut commencer et finir le même jour;* enfin de celui des gages des domestiques et de l'exécution des engagements respectifs des maîtres et de ces gens de travail ou domestiques;

6° Des actions pour injures verbales, rixes et voies de fait, pour lesquelles les parties ne se sont pas pourvues par action criminelle.

Sur tous ces objets, leur compétence s'étend également jusqu'à 50 fr. en dernier ressort, et jusqu'à 100 fr. et au-dessus, à charge d'appel; mais c'est toujours la quantité de la somme demandée ou déterminée par la citation, et non la quantité de la somme adjugée ou fixée par le juge, qui règle l'étendue de cette compétence. Cette remarque n'est pas particulière à leur juridiction; elle est générale et s'applique à tous les tribunaux (1).

Comme conciliateur, le juge entend les parties, les invite à se concilier, tâche de leur en indiquer les moyens; et, s'il ne parvient pas à ce but, il leur conseille de soumettre le différend à des arbitres de leur choix : c'est le texte même de l'art. 60 de la loi du 28 frimaire an 8.

Ainsi les arbitres sont les premiers juges, dans le vœu, dans la pensée de la loi; mais pour suivre, dans ce rapide exposé de la compétence, l'ordre suivant lequel le Code de procédure traite des formalités judiciaires, nous ne devons parler de la juridiction arbitrale qu'après avoir parlé de celle des tribunaux créés par la loi.

---

(1) *Quoties de quantitate ad jurisdictionem pertinente quæritur, semper quantùm petatur quærendum est, non quantùm debeatur.* (Loi 19, § 1, liv. 2, tit. 1, ff *de jurisdictione.*)

Au surplus, plusieurs dispositions du Code civil et du Code de procédure attribuent aux juges de paix diverses fonctions qui toutes sont *extrajudiciaires* ou de juridiction *gracieuse*. Telles sont celles qui concernent la délivrance des actes de notoriété nécessaires pour la célébration de certains mariages; la rédaction des actes d'adoption et d'émancipation, les procès-verbaux de demande de consentement à la tutelle officieuse, la convocation et la présidence des conseils de famille, l'apposition des scellés après décès, le rapport des testaments dans les lieux où toute communication est interdite, certaines opérations pour l'exécution des jugements et actes, dans les circonstances prévues par les articles 587 et 594 du Code de procédure.

§ II.

Des tribunaux civils d'arrondissement.

83. Les TRIBUNAUX DE PREMIÈRE INSTANCE, qui seraient mieux appelés TRIBUNAUX CIVILS D'ARRONDISSEMENT, puisque la première dénomination semble supposer qu'ils ne pourraient juger en seconde instance, sont établis dans chaque arrondissement communal; ils prononcent en seconde instance sur les appels des jugements rendus par les justices de paix. — (Loi du 25 ventôse an 8, art. 6.)

Mais ils jugent en première instance et en dernier ressort, autrement *sans appel*, toutes les affaires *personnelles* et *mobilières* jusqu'à la valeur de 1,000 f., et les affaires réelles dont l'objet principal est de 50 f. ou au-dessous de revenu déterminé, soit en rente, soit en prix de bail; enfin, toutes les affaires *réelles*, *personnelles* ou *mixtes*, à quelque somme ou valeur que l'objet de la contestation puisse monter, si les parties y donnent consentement (1).

Ils jugent également en première instance, mais en premier ressort seulement, c'est-à-dire *à charge d'appel*, toutes les autres affaires civiles, soit que la valeur de l'objet ait été fixée au-dessus de 1,000f, soit que cette valeur n'ait pu être déterminée, comme il arrive dans les questions d'état; et quand il s'agit de rente viagère, de pensions alimentaires, etc. — (Même loi, art. 7, et divers arrêts de cassat.; loi du 24 août 1790, art. 5 et 6).

Dans les arrondissements où il n'y a point de tribunaux de commerce, ils jugent en outre les affaires commerciales en premier ressort, suivant les proportions ci-dessus établies (2).

Plusieurs dispositions du Code civil et du Code de procédure exigent,

---

(1) Loi du 24 août 1760, tit. 4, art. 5 et 6.
(2) Même loi, tit. 12, art. 13 et 14, et Code de commerce, art. 640.

sur différents objets de juridiction non contentieuse, l'intervention *du tribunal entier*, et quelquefois celle du *président seul*.

Du *tribunal entier*, lorsqu'il s'agit, par exemple, des autorisations à donner aux femmes sur le refus ou en cas d'absence du mari, de l'homologation des avis de parents, des réponses à certaines requêtes, etc.

Du *président seul*, à l'égard des référés, des demandes en correction formées par les pères ou mères contre les enfants mineurs, de l'ouverture des testaments olographes ou mystiques, des autorisations à donner aux notaires pour la délivrance des expéditions de leurs actes, de la légalisation de leurs signatures, du visa et de la chiffrature de leurs répertoires, etc., etc.

§ III.

Des tribunaux de commerce.

84. Les tribunaux de commerce jugent toujours en première instance, savoir : en *dernier ressort*, toutes les affaires commerciales de terre et de mer, dont l'objet n'excède pas la valeur de 1,000 f.; et en *premier ressort*, celles qui excèdent cette valeur, à moins que les parties n'aient déclaré vouloir être jugées sans appel (1).

Toutes ces affaires sont détaillées dans les art. 631 à 638 inclus., du Code de commerce.

§ IV.

Des cours royales.

85. Les Cours royales, dont l'institution caractérise spécialement la différence qui existe entre l'organisation judiciaire actuelle et celle qui l'a précédée, sont pour la plupart établies dans les villes où siégeaient autrefois des parlements ou autres cours souveraines. Elles prononcent,

1° Sur les appels des jugements rendus en premier ressort par les tribunaux civils et par ceux de commerce (2);

2° Sur ceux des jugements arbitraux, dans un des cas prévus par les articles 1020 et 1021 du Code de procédure;

3° Sur ceux des arbitres nommés en matière de société de commerce;

4° Sur ceux des ordonnances de référés (3).

Elles connaissent en outre, en premier et en dernier ressort, 1° de l'exécution de leurs arrêts, lorsqu'elles infirment le jugement de première instance et déclarent se réserver cette exécution (4);

2° De la réhabilitation des faillis (5);

---

(1) Même loi, tit. 12, art. 4 et 14; Code de commerce, art. 639.

(2) Loi du 27 ventôse an 8, art. 22.

(3) Code de procédure, art. 809; Code de commerce, art. 52.

(4) Code de procédure, art. 472.

(5) Code de commerce, art. 604-614.

3° Des prises à partie (1);

4° Enfin, des fautes de discipline des officiers ministériels qui leur sont attachés, lorsqu'elles n'ont été ni commises ni découvertes à l'audience (2).

Hors ces cas, et sauf les modifications portées aux art. 464 et 473 du Code de procédure, la compétence des Cours royales se trouve nécessairement limitée aux seuls points sur lesquels il a été statué en premier degré de juridiction : d'où il suit qu'il y aurait excès de pouvoir de leur part, si elles se permettaient de prononcer sur un chef de demande qui n'aurait pas déjà reçu jugement, et de violer ainsi le principe des deux degrés, principe fondamental de l'administration de la justice dans la monarchie française (3).

§ V.

De la cour de cassation.

86. Le mot *cassation* s'applique à la décision d'une cour suprême à laquelle la loi a délégué le pouvoir que le roi exerçait autrefois par lui-même en son conseil, d'annuler un arrêt ou un jugement en dernier ressort.

Cette cour, instituée par la loi du 1er décembre 1790, n'est point un troisième degré de juridiction.

En effet, ses fonctions diffèrent essentiellement de celles des Cours royales, puisque celles-ci réforment les erreurs des premiers juges, tant sur la forme que sur le fond, tandis que la Cour de cassation ne prononce point, à proprement parler, sur les discussions qui divisent les parties, auxquelles elle ne fait que garantir l'exécution des lois.

C'est pourquoi l'art. 66 de la loi du 22 frimaire an 8 porte, en termes exprès, comme nous l'avons dit n° 80, que cette Cour ne connaît point du fond des affaires, mais qu'elle casse les jugements et arrêts rendus sur des procédures dans lesquelles les formes ont été violées ou qui contiennent quelques contraventions à la loi. En ce cas, suivant le même article, la Cour renvoie le fond du procès à l'autorité qui en doit connaître.

La Cour de cassation est divisée en trois sections dont la compétence diffère :

1° La section des requêtes prononce sur l'admission ou le rejet des demandes en cassation dans les matières civiles ; sur l'admission ou le rejet des demandes en prise à partie, formées hors des cas où la connaissance en appartient aux Cours royales ; des demandes en règlement

---

(1) Code de procédure, art. 509.
(2) Décret du 30 mars 1808, art. 103.
(3) V. *suprà*, n° 83 et 84, et notre *Traité d'organisation et de compétence*, édition in-4°, t. 1, p. 96 et suiv., et édit. de M. Victor Foucher, t. 1, p. 322.

de juges, quand le conflit s'élève ou entre deux Cours royales, ou entre deux tribunaux de première instance qui ne ressortissent point à la même cour; enfin, des demandes en renvoi pour cause de sûreté publique et de suspicion légitime (1);

2° La section civile juge définitivement les demandes en cassation qui ont été admises par la section des requêtes; celles qui lui sont déférées d'office, en matière civile, par le procureur général; enfin, les demandes en prise à partie dont la section des requêtes aurait prononcé l'admission.

Nous n'avons pas à nous occuper ici de la compétence de la troisième section, qui connaît spécialement des affaires criminelles.

§ VI.

Des arbitres.

87. En général, les arbitres sont des personnes qui ont reçu, soit de plusieurs parties, soit en certains cas du juge, mais en vertu d'une disposition de la loi, le pouvoir de statuer sur une contestation civile; de là une distinction entre les arbitres volontaires et les arbitres forcés; mais l'arbitrage forcé n'a lieu que dans un seul cas où il a paru présenter les plus sûrs moyens de régler promptement les droits des parties : ce cas est celui d'une contestation élevée entre associés et à l'occasion d'une société de commerce.

Les arbitres que nous appellerons *volontaires*, pour les distinguer des arbitres *nécessaires* ou *forcés*, sont ceux que les parties choisissent de leur propre mouvement, dans toutes les affaires à l'égard desquelles la loi n'a pas expressément interdit l'arbitrage.

La compétence des uns et des autres, quant aux contestations qui leur sont soumises, est déterminée par l'acte qui les institue; mais tout ce qui concerne d'ailleurs leurs pouvoirs, la forme de leur décision, ses effets, son exécution, les manières de se pourvoir contre elle, étant réglé par le Code de procédure, les notions générales que nous aurions à exposer ici, en cette matière, formeront les préliminaires du liv. 3 de la seconde partie du Code, intitulée des *arbitrages* (2).

---

(1) Loi du 27 ventôse an 8; et Code de procédure.

(2) *V.* notre *Traité des lois d'organisation et de compétence*, édit. in-4°, t. 1, p. 7, et édit. de M. Victor Foucher, t. 1, p. 123.

LIVRE II.

DE LA PRATIQUE JUDICIAIRE (1).

88. Toutes les dispositions par lesquelles le législateur a réglé la forme de procéder sont fondées sur des raisons d'équité, et sur des considérations d'ordre public, qui composent ce qu'on appelle la THÉORIE des lois de la procédure.

La connaissance raisonnée de cette théorie, jointe à celle des textes de la loi positive, des décisions judiciaires qui les ont appliquées aux diverses espèces, et qui forment ce qu'on appelle *la jurisprudence*, celle enfin des opinions émises par les jurisconsultes en interprétation de ces mêmes textes, constituent la *science de la procédure*.

89. Parmi ceux qui se livrent à l'étude de cette science, il en est peu, sans doute, pour lesquels elle soit purement *spéculative*. Leur but, en général, est de mettre en pratique, avec justesse et discernement, les principes et les règles dont elle se compose.

Mais pour atteindre ce but, la science de la procédure ne serait pas suffisante : il faut acquérir *l'art de la pratique* (2), qui n'est autre chose que la méthode d'appliquer les principes de la science, l'exercice, suivant cette méthode, en un mot la mise en action de tout ce que prescrivent ces principes pour parvenir à la décision d'un procès et à l'exécution de cette décision.

Ainsi, comme on l'a dit avec raison, *la pratique* est la triture du barreau (*tritura fori*), de même que la science à laquelle elle se rattache. *L'art de la pratique*, qui apprend comment on doit appliquer au barreau les règles et les formalités que prescrivent les lois de la procédure, a lui-même ses règles générales qui doivent servir de guide, particulièrement aux officiers ministériels, dans la poursuite d'un procès.

90. Ce sont ces règles générales que nous nous proposons de réunir et d'expliquer dans ce second livre, comme étant inséparables des principes généraux que nous avons posés dans le premier, sur la procédure considérée comme science, et dont ces règles forment le complément.

---

(1) Pratique, du grec πρακτικη, exercice du pouvoir d'agir, exercice habituel de certaines choses.

La réunion et l'explication de toutes les dispositions législatives et réglementaires et de tous les usages relatifs aux détails de ce que nous appelons ici *la pratique* se trouveront dans le Traité annoncé en tête du présent ouvrage.

(2) [Si la mort ne nous avait pas enlevé M. Carré, nous aurions possédé sous peu d'années un bon Traité de *la pratique judiciaire;* déjà la moitié du volume était terminée. Un libraire de Rennes est propriétaire de ces précieux matériaux.]

Elles se rapportent,

A la rédaction matérielle des actes ;

Aux termes et aux délais dans lesquels ils doivent être dressés et notifiés;

Enfin, *aux irrégularités qui pourraient vicier les procédures* (1).

TITRE Ier.

Des actes de procédure en général, de leur dresse ou rédaction.

91. Dans la langue du droit on entend en général, par le mot *acte*, tout écrit rédigé, soit par des officiers publics, soit par de simples particuliers. C'est l'écrit que l'on appelle en droit romain *instrumentum*, lequel constate ce qui a été fait ou passé.

92. Si les actes sont l'ouvrage des officiers publics, ils sont appelés *actes publics;* s'ils n'émanent que d'un simple particulier, on les nomme *actes privés.* — (*V.* Cod. civ., art. 1317).

93. Les actes de procédure sont des actes publics toujours *authentiques*, suivant les dispositions de l'art. 1317 du Code civil, puisqu'ils émanent, en toute circonstance, d'un officier public, et que, dans le cas même où la loi exige la présence ou la signature de la partie, elle est assistée d'un avoué, ou l'acte est rédigé par le greffier. Il est néanmoins à remarquer que, si le ministère de l'officier public se borne à notifier un acte privé, la notification seule a le caractère de *l'authenticité :* d'où suit, conformément à l'art. 1319 du Code civil, qu'un acte judiciaire fait pleine foi de son contenu, c'est-à-dire qu'on le considère comme vrai, tant que la fausseté n'en a pas été prouvée par suite d'une plainte en faux principal, ou d'une inscription en faux incident civil.

94. On appelle proprement *acte de procédure* tout acte qui se fait depuis la demande inclusivement jusqu'à l'exécution du jugement, et qui, par conséquent, fait partie de cette série d'actes dont l'ensemble est aussi appelé *procédure.* Ainsi, par exemple, quand on dit qu'une procédure est vicieuse, nulle, frustratoire, etc., etc., on désigne une collection d'actes judiciaires, faits pour parvenir à un jugement ou à son exécution.

95. Mais dans l'esprit du Code, manifesté par la disposition de l'art. 1030, on doit considérer comme acte de procédure tous ceux que ce même Code prescrit. Ainsi tous les actes énoncés dans les dispositions qu'il renferme sous les différents titres de la deuxième partie, intitulée *des procédures diverses*, sont des actes de procédure, quoique pour la

---

(1 Nous *prenons* ici le mot procedure dans le sens indiqué ci-après, n. 94.

plupart ils ne tendent point à l'obtention d'un jugement ou à son execution.

96. Tous ces actes sont généralement désignés par les auteurs sous la qualification d'actes *judiciaires*, parce qu'il est toujours nécessaire qu'un officier de justice y intervienne.

97. En terme de pratique, on nomme *dresse* (1) la composition et la rédaction des actes suivant la forme légale et usitée. Les Romains, comme nous l'avons dit *suprà*, avaient des formules d'action qu'ils appelaient *legis actiones*, et qui étaient la manière d'agir en conséquence de la loi ; c'était un style dont les termes devaient être suivis si scrupuleusement que, faute de les avoir employés, l'acte était nul, et que l'omission de ceux qui étaient réputés *essentiels* allait même jusqu'à faire perdre irrévocablement la cause à celui qui avait commis cette omission.

98. Dans le très ancien droit français, et avant l'établissement du gouvernement féodal, on avait également admis des formules pour établir un style universel des actes et des procédures; mais ce gouvernement ayant divisé le royaume pour ainsi dire en autant d'états distincts et séparés qu'il avait été érigé de fiefs, les formules cessèrent d'être observées, et vainement, lorsque les magistrats furent rendus sédentaires et formèrent des compagnies permanentes, essaya-t-on de rétablir un style uniforme : ce style fut aussi diversifié qu'il y avait de tribunaux divers.

99. Ce fut pour remédier à cet inconvénient que Louis XIV, après avoir publié les ordonnances de 1667 et de 1670, qui réglaient la forme de procéder en matière civile et en matière criminelle, crut devoir faire dresser des formules de tous les actes prescrits dans la poursuite des procès (2).

Un édit de 1673 prescrivit la stricte observation de celles qui furent rédigées pour l'exécution de l'ordonnance de 1667, sous peine de nullité des actes qui n'auraient pas été imprimés sur des exemplaires conformes à ces formules et où l'officier ministériel n'avait à remplir que les blancs laissés pour insérer ce qui était particulier à chaque acte.

Cet édit n'eut point d'exécution par suite du refus d'enregistrement

---

(1) M. Berriat Saint-Prix se sert aussi de ce mot, qui n'est pas généralement usité, mais qui exprime parfaitement une idée qu'aucun autre terme ne rendrait avec la même exactitude. Il est, au reste, fondé sur une juste analogie du verbe *dresser*, qui, dans notre langue, signifie l'action de mettre un acte par écrit et dans la forme nécessaire; le mot *dresse* est naturellement le substantif de ce verbe.

(2) On ne dressa que les formules nécessaires pour l'exécution de l'ordonnance de 1667; elles furent examinées dans le conseil de réformation, et arrêtées pour servir de règles et de modèles à tous les actes particuliers. Le recueil de ces formules fut imprimé en un volume in-4°, en 1668, elles nous serviront quelquefois de modèles dans notre Traité de pratique pour les formules des actes prescrits par le Code.

de la déclaration du 30 juin, qui en prescrivait derechef l'observation; refus motivé sur ce que les formules ne pouvaient servir à tous les divers actes dont la disposition est différente.

100. Aujourd'hui, non-seulement la loi ne prescrit aucune formule, mais encore elle n'admet aucune expression *sacramentelle*. Ainsi, dit M. Berriat-Saint-Prix, pag. 30, on peut se servir indifféremment, dans les actes de procédure, de toutes espèces de termes, et employer toutes espèces de tournures, pourvu que ces termes et ces tournures expriment les formalités prescrites par les lois. Tel est aussi le sentiment de tous les auteurs.

Quoi qu'il en soit, il convient de se servir des termes mêmes de la loi, ou du moins des termes *équivalents*, dans toutes les circonstances où elle aurait attribué à certaines expressions un sens particulier autre que celui que leur donne l'usage ordinaire.

Au surplus, on ne peut disconvenir que, pour éviter toute méprise et acquérir l'habitude de la rédaction, des formules ne soient d'un grand secours, si on les consulte en les comparant aux dispositions législatives dont elles ont l'application pour objet. C'est ce travail que nous faciliterons aux praticiens dans les modèles d'actes que nous nous proposons de rédiger (1).

101. La date des actes est essentielle, tant pour faire courir les délais qu'ils comportent, que pour constater qu'ils ont été faits à telle époque.

On appelle date la désignation des jour, mois et an auxquels un acte a été dressé et du lieu où il l'a été; mais cette désignation du lieu n'est pas exigée à la rigueur dans les actes de procédure (2).

102. Il en est de même de l'heure, dont l'indication n'est essentielle qu'autant que la loi l'exige, ou qu'un délai se compte par heures; mais en général la loi en prescrit la mention dans toutes les opérations d'instruction auxquelles les parties sont appelées.

En tous cas, il est prudent, dans certains actes sujets à notification, d'indiquer l'heure, afin de se ménager les moyens de donner la préférence à un acte sur un autre, comme dans l'espèce du n° 1447, ou de défendre à une imputation de faux; par exemple, lorsqu'une partie, prétendant qu'un acte n'a pas été notifié à sa personne, entendrait le prouver par un *alibi*. Dans cette circonstance, l'indication de l'heure de la notification pourrait être utile à la défense de l'officier ministériel.

103. Il est presque superflu d'observer que tout acte doit être signé

---

(1) Ici nous n'avons à exposer que les règles générales et communes de cette rédaction: elles sont relatives à la date des actes, à la signature qui les complète, à la conformité de l'original et de la copie.

(2) Arrêt de Nîmes, du 20 janvier 1810. — (*D.* 1810, 2e part., p. 392.)

par le fonctionnaire ou officier public chargé de le dresser. L'omission de cette formalité emporte toujours nullité, parce qu'un acte non signé restant imparfait, il ne peut être envisagé que comme un simple projet.

Il est des actes où la signature du rédacteur ne suffit pas; ce sont tous ceux qui contiennent des dires, des déclarations ou réponses, ou qui constatent des agissements de la part des parties ou de tierces personnes : ces actes doivent être signés par elles; et, si l'on excepte un très petit nombre de circonstances formellement prévues par la loi, rien ne supplée leur signature, lorsque l'officier instrumentaire n'a pas mentionné ou le refus ou l'impuissance de signer, en un mot la cause pour laquelle la formalité n'a pas été remplie (1).

Du reste, les signatures mal formées ou illisibles ne pourraient, par ce seul motif, faire annuler un acte, si par ailleurs il ne s'élevait aucune présomption de fraude (2).

Mais une croix, ou une marque quelconque, n'équivaudrait pas à une signature, si l'officier n'avait pas mentionné que la marque a été apposée par la partie, et qu'elle a déclaré ne savoir signer.

De toutes ces observations, nous conclurons que l'écriture non signée est insignifiante; elle pourrait tout au plus servir, en certains cas, de commencement de preuve par écrit.

Lorsque la loi exige qu'un acte soit signé, elle prescrit *ordinairement* la mention de l'accomplissement de cette formalité; mais l'omission de cette mention n'emporterait pas nullité à l'égard des actes judiciaires, si cette peine n'était pas formellement prononcée (3).

Nous disons *ordinairement*, parce qu'il est quelques dispositions du Code de procédure qui gardent le silence sur cette mention, quoiqu'elles exigent la signature (4).

En tous les cas où l'acte constate des dires, des déclarations (5), on doit y mentionner que les parties et les témoins en ont reçu lecture,

---

(1) Nous remarquerons à ce sujet qu'aucune disposition de la loi n'impose en général aux huissiers l'obligation rigoureuse de constater les réponses de ceux auxquels ils signifient leurs exploits; néanmoins, comme leur ministère est forcé, et qu'une partie peut avoir intérêt à faire consigner de suite ses réponses et protestations, nous ne pensons pas qu'ils puissent se refuser à en dresser acte, surtout si le requérant offre de signer ses dires. Tel est aussi l'avis de Rodier sur l'art. 16, tit. 2 de l'ordonnance.

(2) Il en serait ainsi même dans le cas où la copie d'un acte serait entièrement *illisible*. En ce cas, dit encore Rodier, *ubi supra*, la partie à laquelle elle aurait été notifiée serait en droit d'en demander une nouvelle; et, suivant l'art. 45 du décret du 14 juin 1813, la copie *incorrecte* ou *illisible* pourrait être rejetée de la taxe, et l'huissier condamné à restituer les sommes reçues.

(3) Code de procédure, art. 7, 36, 39, 42, 68, 198, 212, 216, 218, 227, 234, 235, 275, 330, 370, 384, 402, 432, 599, 813, 916, 980, 1016.

(4) Art. 45, 109, 138, 309, 317, 353, 511, 585, 601, 922.

(5) Cod. de proc., art. 39, 271 à 273 et 334

formalité indispensable pour qu'on puisse reconnaître et réparer les erreurs et omissions.

104. La signature exigée pour rendre un acte parfait est utile, même à l'égard des additions qui seraient faites en marge, afin qu'elles soient considérées comme faisant partie de l'acte, mais on peut se contenter d'un simple paraphe, et nous pensons même, à l'égard des actes judiciaires auxquels on ne peut appliquer à la rigueur les lois du notariat, qu'une approbation à la fin de l'acte et avant la signature serait suffisante, s'il ne s'élevait d'ailleurs aucun indice d'intercalation.

Cette approbation est essentielle à l'égard des mots qui seraient placés en interligne ; mais si ces additions en marge et les interlignes non approuvés sont par là même présumés n'avoir pas existé avant la perfection de l'acte, si, par conséquent, ils sont nuls, cette nullite ne préjudicie point, soit à la validité de l'acte entier, soit à celle d'aucune de ses parties.

105. Quant aux ratures, il importe encore qu'elles soient approuvées pour que les mots raturés soient réputés ne pas faire partie de l'acte. En effet, les ratures non constatées ni approuvées sont nulles par suite de la présomption qu'elles auraient été faites après que l'acte eut reçu sa perfection : donc les mots qu'elles supprimeraient devraient subsister.

Et s'ils sont illisibles, la partie qui aurait l'acte entre les mains serait facilement présumée auteur de la suppression, et l'on pourrait en argumenter contre elle.

106. Du reste, on réprouve les abréviations dans tous les actes publics, surtout en ce qui concerne les noms propres, les dates et les parties essentielles.—(Arg. de l'art. 13 de la loi du 25 ventôse, et *Nouv. Répert.*, v° *Abréviation*).

107. La copie notifiée d'un exploit tient toujours lieu d'original à la partie. C'est une règle certaine consacrée par la jurisprudence ancienne et nouvelle. — (*Voy.* ci-après, n° 327).

Il en résulte que les vices de forme qui se trouveraient dans la copie annuleraient l'acte, nonobstant la régularité de l'original. Mais si, la copie étant régulière, il se trouvait des omissions dans l'original, le défendeur serait sans intérêt pour demander la nullité, et il ne pourrait la faire prononcer, puisqu'il ne manquerait rien dans la copie *qui lui tient lieu d'original,* et que les formalités ne sont prescrites que par rapport à lui (1).

Il est encore à remarquer que cette règle ne s'applique qu'aux formalités des exploits, c'est-à-dire des actes du ministère propre des

(1) Rodier, sur l'art. 16, tit. 2 de l'ordonnance.

huissiers, et non pas aux copies d'autres actes dont ils auraient la *notification* pour objet, et dont les originaux, qui ne sont pas du fait de l'huissier, existent, soit entre les mains des parties qui ont fait la notification de la copie, soit dans les dépôts publics. Par exemple, si dans la copie notifiée d'un procès-verbal d'enquête on avait omis l'énonciation des formalités prescrites à peine de nullité, pour la validité de cette enquête, on ne pourrait argumenter de cette omission pour faire annuler l'enquête, si l'on prouvait, par une copie certifiée du greffier, que l'original du procès-verbal ne présente pas les omissions faites dans la copie notifiée par l'huissier.

Mais si, dans la copie de l'exploit de notification de ce même procès-verbal, l'huissier avait commis une nullité qui ne se rencontrerait pas dans l'original de l'exploit, il y aurait lieu d'appliquer la règle, et la notification serait considérée comme non avenue, malgré la régularité de l'original.

TITRE II.

Des délais des procédures.

108. On entend en général par délai le temps que la loi elle-même ou la convention accorde pour faire quelque chose.

En procédure, les délais sont toujours déterminés par la loi ; mais quelquefois le juge peut en fixer lui-même, et il ne peut arriver que très rarement qu'ils le soient par la convention.

Les délais sont plus ou moins rigoureux et se comptent plus ou moins strictement, suivant la nature et l'objet des actes à faire, ou des obligations à remplir ; en général leur effet est tel que celui qui n'a pas profité du temps qui lui était accordé pour agir supporte la peine de sa négligence, et elle consiste en ce qu'il n'est plus reçu à faire la chose qui lui eût été utile : c'est ce qu'expriment les mots *déchéance* et *forclusion*. D'autres fois, elle consiste dans l'annulation de l'acte qui est considéré comme non avenu, et, si l'annulation n'est pas autorisée par la loi, dans les dommages-intérêts de la partie à laquelle le retard eût porté quelque préjudice.

Il suit de là que tous les moments du délai peuvent être employés utilement à faire la chose pour laquelle il est accordé.

Ainsi, par exemple, celui qui est assigné à comparaître dans huitaine peut, s'il le veut, se présenter dès le second jour de l'assignation ; mais le délai de cette assignation étant établi pour les deux parties, si le défendeur se présentait ainsi, dès le second jour, il n'en faudrait pas moins laisser écouler la huitaine entière pour qu'il pût poursuivre et prendre un défaut contre le demandeur.

109. Toutes les dispositions des lois concernant les délais qu'elles prescrivent se rapportent,

1° A leurs termes *extrêmes*, c'est-à-dire au jour duquel ils partent, et qu'en termes de pratique on appelle *dies à quo*, et à celui auquel ils échoient, et que l'on nomme *dies ad quem;*

2° Aux jours *intermédiaires*, c'est-à-dire à ceux qui courent dans l'intervalle de ces deux termes;

3° A *l'augmentation*, lorsque la loi, en fixant généralement un délai, y ajoute, à raison de certaines circonstances qu'elle détermine, comme l'a fait le Code de procédure en plusieurs de ses articles, et notamment dans l'art. 1034.

110. Tout délai qui ne commence à courir que du jour de la signification d'un acte ou d'un jugement, ne court effectivement qu'en faveur de la partie à qui cette signification a été faite. — (*Nouv. Répert.*, v° *Délai*, § 2.)

Les délais ne se comptent point d'heure à heure, mais de jour à jour, comme le prouve la distinction que nous avons faite entre le terme *à quo* et le terme *ad quem*.

Le jour qui fait courir, celui duquel part, celui auquel aboutit, celui enfin qui détermine un délai, n'est donc jamais compté dans ce délai, à moins que la loi ne l'y comprenne formellement, ou que cela ne résulte de la nature de la matière, par exemple, quoique la loi ait dit que les vacances auront lieu depuis le 1er septembre, il n'est pas douteux que ce jour en fait partie.

Or, de ce principe général d'exclusion du terme *à quo*, principe fondé sur la règle *dies termini non computatur in termino*, il s'ensuit que ces expressions, *à compter*, *à dater de*, *depuis*, signifient toujours en droit à dater ou à compter de l'expiration du jour du départ.

Mais de ce que ce même jour est exclu du délai, on doit nécessairement conclure que celui de l'échéance (*dies ad quem*) y est compris en entier; car autrement le délai ne serait pas complet : on peut donc, pendant tout le jour, ou user de la faculté accordée sous la condition de remplir l'une, ou n'exercer que dans un délai déterminé.

Toutefois, il existe deux exceptions à ce principe, l'une favorable, l'autre contraire à la partie soumise à l'observation d'un délai.

La première donne, en certains cas, le droit d'agir même le lendemain du jour de l'échéance, 1° *lorsque ce jour est férié;* 2° lorsqu'il s'agit d'ajournement, citations ou actes faits à personne ou domicile. L'art. 1033 dispose en effet, que *le jour de la notification et celui de l'échéance ne sont point compris dans le délai général fixé pour faire quelque chose, par suite de ces actes.* C'est ce qu'on appelle *franc délai.*

La seconde exclut du délai le jour de l'échéance, dans tous les cas où la loi veut que l'on agisse *pendant* ou *dans* un certain laps de temps,

comme *dans huitaine* ou *pendant quinzaine* (*intrà octo*, *intrà quindecim dies*) : il est évident que l'on agirait, non pas *dans* le délai, mais *après* le délai, si le jour de l'échéance était compris.

111. Tous les jours compris entre les deux termes sont, pour nous servir des expressions de l'ordonnance de 1667, tit. 3, art. 7, *continus* et *utiles*, c'est-à-dire qu'ils doivent être comptés, en continuant de l'un à l'autre, quand même il se rencontrerait un jour de dimanche, fête ou vacation : ces jours fériés font donc partie du délai.

Le jour bissextil est également compté, mais seulement dans les délais fixés par jour et non par mois. Ainsi, ceux qui sont déterminés de cette dernière manière, se comptant de tel quantième d'un mois au quantième correspondant du mois suivant, le jour bissextil, qui vient au mois de février, est censé ne faire qu'un avec le jour précédent. Il en est de même du trente-unième jour, dans les mois qui l'admettent.

Il nous reste à remarquer, sur les jours *intermédiaires*, qu'ils cessent d'être continus lorsque la loi suspend le cours du délai (1).

112. Nous avons dit, n° 109, qu'en certains cas, la loi augmentait le délai; nous ajoutons qu'en certains autres, elle autorise le juge, soit à le proroger, c'est-à-dire à l'étendre au-delà du terme qu'elle a fixé, soit à l'abréger, c'est-à-dire à le réduire à un moindre terme.

D'après l'art. 1033, il y a toujours lieu à augmentation du délai général fixé pour les actes faits à personne ou domicile. Mais cette disposition doit être restreinte à ces actes, car elle est exceptionnelle.

Les délais de tous autres actes n'admettraient donc d'augmentation qu'en vertu d'une disposition formelle.

Cette augmentation est, 1° d'un jour par trois myriamètres de distance du domicile de la partie à qui l'acte est notifié, au lieu dans lequel elle est obligée ou intéressée à se trouver, soit pour y faire quelque chose, soit pour prendre connaissance de ce qu'on y a fait, ou de ce qui doit y être fait;

2° De deux jours, également par trois myriamètres, s'il y a lieu à *voyage*, *envoi* ou *retour*, comme il sera expliqué sur l'art. 1033.

La prorogation d'un délai fixé par la loi ne peut avoir lieu que dans les cas qu'elle a formellement prévus, et par suite d'ordonnance ou de jugement sur une demande des parties, formée avant l'expiration du délai (2).

L'abréviation ne peut également être accordée par le juge qu'autant qu'il y est autorisé par une disposition expresse.

113. Régulièrement, lorsqu'il est ordonné par un jugement, soit

---

(1) *Voy.* pour exemple art. 177, 187, 197, 447, 487 et 1013 du Code de procédure.
(2) Art. 74, 179 et 279.

contradictoire, soit par défaut, que telle chose sera faite dans tel délai, ce délai ne commence à courir que du jour de la signification du jugement. — (*Nouv. Répert.*, v° *Délai*, sect. 3.)

Mais la jurisprudence a fait exception à l'égard des délais prescrits par les tribunaux de commerce; elle décide qu'ils courent du jour de la prononciation. — (N°s 1007 et 1853.)

Parmi ces délais que les tribunaux peuvent prescrire, il en est un que l'on appelle *délai de grâce*, parce qu'il est fixé en faveur de la partie condamnée, pour qu'elle ait à satisfaire au jugement dont il suspend l'exécution. Ce délai court du jour de la prononciation, si la condamnation est contradictoire, et du jour de la signification, si elle a été prononcée par défaut. — (Art. 122 et 123.)

Il importe de remarquer que la suspension de délai ne s'applique en ce cas qu'à l'exécution forcée sur les biens ou sur la personne du débiteur : d'où suit que le créancier conserve, pendant le délai, le droit de faire tous les actes conservatoires qu'il juge convenable.

114. Non-seulement il est des délais pendant lesquels une partie doit agir ou ne peut valablement procéder, mais il est encore des jours ou espaces de temps durant lesquels toute procédure ou exécution lui est interdite.

Ainsi, la loi ne permet pas soit de communiquer ou notifier des actes de procédure, soit d'exécuter les jugements ou tous autres titres exécutoires, pendant la nuit et les *jours de fêtes légales*, si ce n'est, et dans ce dernier cas seulement, avec la permission du juge. — (Art. 1037).

TITRE III.

Des peines qui sont attachées à l'omission des formalités des actes et au défaut d'accomplissement des obligations imposées aux parties ou aux officiers ministériels.

115. Les lois de la procédure ne seraient que de vains formulaires, si le législateur n'avait attaché à l'inobservation des formalités ou au défaut des obligations qu'elles prescrivent, des peines rigoureuses, suivant l'importance de ces formalités ou de ces obligations.

De là les *déchéances*, les *forclusions*, les *nullités*, les *amendes;* enfin, les autres *condamnations pécuniaires* qui peuvent ou qui doivent être prononcées pour contravention à un grand nombre de règles prescrites par le Code de procédure.

116. On appelle *déchéance* l'exclusion ou la privation d'un droit qui nous était acquis, faute d'avoir accompli les conditions imposées par la loi pour l'exercer ou le conserver. Ainsi, la partie qui n'a pas for-

mé opposition au jugement par défaut dans le délai de huitaine, celle qui n'a pas appelé dans le délai de trois mois, sont déchues du droit de se pourvoir de la sorte (1).

La *déchéance* prend le nom de *forclusion* (2), lorsqu'elle est encourue à raison de la négligence qu'une partie aurait mise à produire dans un procès par écrit une distribution de deniers ou un règlement d'ordre; en cette circonstance, elle perd la faculté qu'elle avait de produire, si elle a laissé passer le délai fixé par la loi (3), et elle est jugée sur le vu des pièces produites par les autres.

Mais *nul ne se forclot soi-même* par ses propres diligences; ainsi tout délai qui ne commence à courir que du jour de la signification d'un acte ou d'un jugement, ne courant effectivement qu'en faveur de la partie qui a fait cette signification, il s'ensuit que cette partie ne fait pas courir de délai contre elle, et il en est de même à l'égard de l'appel, etc. (4)

Toutefois, ce principe n'est pas applicable au délai fixé pour commencer une enquête, puisque l'art. 257 dispose, en termes exprès, qu'il court même contre la partie à la requête de laquelle a été notifié le jugement qui ordonne la preuve.

117. Le mot *nullité* exprime ou la *qualité* d'un acte que la loi considère comme n'existant pas, ou le *vice* qui empêche cet acte de produire son effet. Dans la première acception, l'on dit qu'un acte est *nul*, pour exprimer qu'il est réputé non avenu; dans la seconde, qu'un acte contient une *nullité*, c'est-à-dire un vice quelconque duquel il résulte que cet acte ne doit être d'aucune considération.

Les nullités ne peuvent être établies que par la loi, et, par conséquent, le juge commettrait un excès de pouvoir s'il déclarait nul un acte que la loi n'aurait pas elle-même déclaré tel, ou s'il étendait d'un cas à un autre la nullité qu'elle aurait prononcée.

Mais faut-il, pour l'application de ce principe, que la loi ait, en termes formels, attaché la peine de nullité à l'omission de ce qu'elle a prescrit, ou à la violation de ce qu'elle ordonne? La nullité n'est-elle pas, au contraire, une suite nécessaire du commandement ou de la défense, et n'y est-elle pas implicitement renfermée?

Cette question, d'une haute importance relativement aux lois qui régissent le fond du droit des parties, a été savamment traitée par M. Toullier (5); mais elle est, pour ainsi dire, sans intérêt, quant à la forme de procéder, puisque l'art. 1030 dispose *qu'aucun acte de procé-*

---

(1) *Voy.* art. 157 et 544, et *sup.* n. 109.

(2) *Forclore*, composé de *forum*, barreau, et d'*excludere*, exclure; ainsi, forclusion *quasi exclusio à foro.*—(*Voy. sup.* n° 109.)

(3) Art. 98, 99, 100, 160, 756.

(4) *Voy.* n. 1553.

(5) *Voy. Traité du droit civil*, t. 7, liv. 3, chap. 5, p. 626 et suiv.

dure ne peut être déclaré nul, si la nullité n'en est pas formellement prononcée par la loi (1).

Cependant la jurisprudence admet à ce principe une exception notable pour les cas où la contravention vicierait un acte dans sa substance, parce qu'alors en effet, la formalité omise tenant à la nécessité des choses, la contravention doit entraîner la nullité de l'acte, sans qu'il soit nécessaire que la loi la prononce. C'est une conséquence de la maxime, *actus consistere non potest sine substantiâ.*

118. De là résulte, relativement aux nullités de procédure, une distinction entre les nullités *intrinsèques* ou *substantielles*, et toutes autres nullités que nous appelons *extrinsèques*.

1° La nullité *substantielle* est celle qui vicie l'acte dans toute sa substance, parce que la formalité omise est nécessaire à son existence ou indispensable pour qu'il remplisse le but que le législateur s'est proposé en le prescrivant (2). Par exemple, si la loi prescrit un *exploit*, et que l'acte ne soit pas l'ouvrage d'un huissier, il y aura nullité *substantielle*, puisque l'exploit est *essentiellement un acte du ministère de cet officier*, etc. (3). Si un exploit de demande ne contient pas *ajournement*, il y aura nullité semblable, parce qu'un exploit de demande ne peut produire ses effets *essentiels*, s'il n'indique pas formellement le *jour* de la comparution.

Dans ces cas et autres semblables, le juge n'en devra pas moins annuler l'acte, dans le cas même où la loi n'aurait pas formellement prononcé la nullité; tandis que, s'il s'agit de ces formalités extrinsèques dont l'omission n'empêche pas, ou que l'acte existe avec le caractère que la loi lui imprime, ou que le but en soit rempli, le juge devra rejeter la nullité, puisque la formalité n'est pas prescrite sous cette peine.

2° Les nullités *intrinsèques* et *extrinsèques* sont *absolues* ou *relatives*.

Elles sont *absolues*, lorsqu'elles tiennent à l'ordre public; elles sont *relatives*, lorsqu'elles sont prononcées dans l'intérêt personnel des parties.

Les premières peuvent être alléguées par toute personne et en tout état de cause: le juge est même tenu de les suppléer d'office.

Les secondes ne peuvent être opposées que par ceux en faveur desquels elles ont été prononcées; ils ont par conséquent la faculté d'y re-

---

(1) Cette disposition est diamétralement opposée, soit à la loi *sancimus* 5, *Cod. de leg.*, n. 14, que discute M. Toullier, soit à l'art. 2 du tit. 1er de l'ordonnance, que les commentateurs entendaient dans le sens de cette loi romaine (*Voy.* Rodier sur cet article), soit, enfin, à la loi du 4 germinal an 12, qui attachait la peine de nullité à toute violation des formes prescrites en matière de procédure par les lois nouvelles, encore bien que ces lois n'eussent pas expressément prononcé cette peine.

(2) *Traité du droit civil*, t. 7, p. 674, n. 513.

(3) *Voy.* d'autres exemples au Traité des actions de M. Poncet, n. 201; dans l'ouvrage de M. Toullier, *ubi suprà*, page 650 et suiv.; enfin, n. 3399 et 3401.

noncer, et ils sont réputés avoir fait cette renonciation, s'ils ne se sont pas prévalus de la nullité à des époques déterminées, ou s'ils ont procédé volontairement sans en argumenter : c'est ce qu'on appelle *couvrir la nullité*. La loi présume en ces circonstances une approbation de l'acte sujet à l'annulation. — (*Voy.* art. 173).

Il n'est pas besoin d'insister pour prouver qu'une nullité de procédure ne peut être proposée par celui du fait duquel elle provient (1).

119. Nous disons *sujet à l'annulation*, parce que les actes dont les lois prononcent la *nullité* ne sont pas nuls de plein droit; il faut les faire déclarer tels par le juge : c'est aujourd'hui et sans distinction le sens de l'ancienne maxime : *les voies de nullité n'ont point lieu en France*. Ainsi l'acte produit ses effets, à moins que la loi n'ait formellement prononcé le contraire, jusqu'à ce qu'il soit attaqué; mais la nullité une fois reconnue et déclarée par le magistrat, tout ce qui s'en est suivi doit être annulé, suivant cette autre maxime : *quod nullum est nullum producit effectum* (2).

120. Au surplus, une règle commune à toutes les espèces de nullité, c'est que les officiers ministériels qui les ont commises en sont responsables sous peine des dépens et dommages-intérêts des parties, et même d'interdiction ou de destitution, suivant la gravité des circonstances (3).

121. Mais ce n'est pas seulement pour garantir l'exécution des dispositions prescristes *à peine de nullité*, que le législateur prononce des peines contre les officiers ministériels; il autorise encore le juge à réprimer, par des amendes au profit du trésor public, même l'omission d'une formalité ou la violation d'une règle qui n'emporterait pas la nullité. — (Art. 1030.)

En ce cas, la condamnation est *facultative;* mais lorsqu'il s'agit des déchéances, des forclusions, des nullités, des amendes expressément prononcées par la loi, le juge est tenu de les prononcer lui-même, puisqu'elle déclare que ces peines ne peuvent être réputées *comminatoires*.

Ainsi, quoiqu'une nullité relative puisse être couverte par une approbation formelle ou seulement tacite de la partie intéressée à l'opposer, néanmoins, s'il n'existe aucun acte qui établisse ou qui fasse présumer cette approbation, le juge ne peut refuser de la prononcer dès qu'elle est proposée en temps utile, et il en est de même des forclusions et des déchéances qui, comme les nullités, peuvent se *couvrir* lorsqu'elles ne tiennent pas à l'ordre public.

---

(1) *Cass.*, 4 germ., 24 therm. an 8 et 13 pluv. an 11; *Questions de droit* de M. Merlin, v° *fait du souverain*.

(2) *Voy.* la note de M. Berriat-Saint-Prix, p. 130, n. 10.

(3) *Voy.* art. 71, 132 et 1031.

122. Au nombre des formalités *extrinsèques* des actes de procédure, est celle du timbre et de l'enregistrement ; formalité qui exige plusieurs instructions dont il convient de faire un titre séparé, où nous parlerons, non-seulement de ce qui concerne l'application de cette formalité aux actes de la procédure, mais encore des obligations imposées aux parties, aux officiers ministériels et aux magistrats eux-mêmes, par rapport aux titres et pièces qui sont produits dans les procès (1).

---

(1) On entend par forme des actes la disposition, l'arrangement de certaines clauses, termes, conditions et formalités que la loi exige pour leur régularité et leur validité.

Il arrive souvent de confondre la forme avec les formalités ; cependant le mot *forme* a plus d'étendue que le mot formalité : il embrasse tout ce qui sert à constituer l'acte, au lieu que les formalités proprement dites ne sont que les conditions isolées qu'on doit remplir pour sa validité. Par exemple, l'art. 61 du Code de procédure détaille tout ce qu'un exploit d'ajournement doit contenir pour être valable. Chacune des conditions que cet article prescrit est une formalité ; mais toutes ces formalités constituent dans leur ensemble la *forme* de l'exploit.

LES LOIS

DE

LA PROCÉDURE CIVILE.

PREMIÈRE PARTIE.

PROCÉDURE DEVANT LES TRIBUNAUX.

LIVRE PREMIER.

DE LA JUSTICE DE PAIX.

Lois des 14-18-26 octob. 1790, et 6-27 mars 1791. — [25 mai 1838.]

Il ne s'agit, en ce livre, que de la procédure des justices de paix dans les matières civiles *contentieuses*, c'est-à-dire dans les affaires ou contestations qui sont portées devant le juge, afin d'obtenir un jugement qui les détermine (1).

On y a refondu la plus grande partie des dispositions de la loi du 26 octobre 1790, dont plus de quinze ans d'expérience avaient justifié la sagesse, et à laquelle les auteurs du Code n'ont fait que quelques améliorations, quelques changements nécessaires. (Rapport de M. Faure.)

C'est en proposant cette loi que le jurisconsulte Thouret disait à la tribune de l'Assemblée constituante ;

« Il faut mettre les juges de paix en état de terminer les différends qui leur « seront déférés, par des formes expéditives, très peu dispendieuses, et que « fassent arriver au jugement sans que l'on se soit aperçu, pour ainsi dire « qu'on ait fait une procédure. »

Ainsi le livre de la procédure en justice de paix semble mis en tête du Code pour offrir comme un abrégé de celle que l'on doit suivre dans les autres tribunaux, et faire distinguer ce qui tient à l'essence de toute procédure *à fin de jugement*, de ce qui n'est établi que pour les affaires plus importantes par leur objet et leurs difficultés.

(1) *V.*, pour l'organisation et la compétence, notre *Traité des lois d'organisation et de compétence*, liv. 3, tit. 2.

Voici, dans leur ordre naturel, les diverses dispositions de ce livre. Il traite :

1° De l'*ajournement*, qu'on appelle *citation*, et des précautions prises pour qu'une partie ne soit jamais condamnée sans avoir été entendue ou légalement appelée. (Art. 1, 3, 4, 7, 19, 20.)

2° Des *délais* pour comparaître. (Art. 5, 6.)

3° Du *choix* du juge devant lequel la citation doit être donnée. (Articles 2 et 3.)

4° De l'*audience*, de sa *publicité*, et du *respect* dû *à justice*. (Art. 8, 10 11, 12.)

5° De la *comparution*, et par conséquent de la *non-comparution* ou du *défaut*. (Art. 19, 20, 21, 22, 28.)

6° De la *défense* (art. 9) et de l'*instruction* (art. 13) auxquelles se rapporte la manière de procéder *aux enquêtes*, *aux visites des lieux*. (*V.* tit. 12 et 13 du Code de proc., 1re part., liv. 2 et tit. 7 et 8 du présent livre.)

7° Du *jugement*, et de ses différentes espèces, *contradictoire* ou *par défaut*, *préparatoire*, *interlocutoire* ou *définitif*. (Art. 13, 15, 18, 28, 29, 30, 31.)

8° Du *pourvoi* contre le jugement : par *opposition*, s'il est par défaut; par *appel*, s'il est rendu en premier ressort. (Art. 16, 20, 31.)

9° Enfin, des cas d'*exécution provisoire*, nonobstant appel ou opposition. (Art. 12, 17.)

Telle est la marche naturelle de la procédure dans toute affaire, abstraction faite de son objet et des difficultés qui en peuvent résulter. Mais la nature de l'action ou de l'exception peut amener des cas à l'égard desquels les règles générales ne seraient pas suffisantes.

Ici la loi a prévu ceux qui suivent :

1° *Les actions possessoires*. (Art. 23, 27.) Le juge de paix est seul compétent en cette matière : c'était donc au livre de la procédure devant son tribunal qu'il fallait poser les règles et les formalités de ces actions.

2° *L'exception dilatoire de garantie*. (Art. 32, 33.) Elle est trop fréquente pour qu'on ne la soumît pas à une règle uniforme.

3° *La récusation*. (Art. 44, 47.)

4° *La contestation d'écriture*, sur laquelle la loi n'établit qu'une règle de compétence. (Art. 14.)

5° *La péremption d'instance*. (Art. 15.)

On ne trouve aucune disposition sur l'exécution forcée des jugements, parce qu'elle se fait conformément aux dispositions générales du livre V. Il n'y avait pas lieu d'ailleurs à tracer à ce sujet des règles particulières pour les juges de paix, puisqu'ils sont juges d'exception, et que, par conséquent, ils ne peuvent connaître de l'exécution de leurs jugements (1).

Leur procédure a donc pour limite la prononciation de leur décision définitive : ce n'est, comme nous l'avons dit, qu'une procédure *à fin de jugement*.

Elle a, pour caractères essentiels, *la simplicité* et *la spécialité*, et de là les conséquences suivantes.

1° La peine de nullité n'est pas prononcée une seule fois : elle ne pourrait donc résulter que de cette absence des formes substantielles à tous actes qui ne permet pas de les considérer comme ayant une existence légale. (*Infrà*, art. 8 et 1030.)

Mais si la loi ne semble ici qu'un conseil et un guide pour le juge de paix,

---

(1) *V. Traité de compétence* de M. Henrion, p. 46.

ce n'est pas qu'on ait entendu l'autoriser à s'écarter de ces formes *arbitrairement et sans nécessité.* Seulement, leur inobservation ne sera qu'un moyen d'appel, et l'équité de la decision devra l'emporter sur le vice de la forme; en un mot, il n'y aura pas nécessité d'annuler (1).

2° Relativement aux cas qui ne seraient pas prévus par les dispositions concernant la procédure tracée pour la justice de paix, et qui peuvent s'y présenter, faudra-t-il appliquer les règles de la procédure des autres tribunaux?

Il faut distinguer.

S'agit-il de formes d'instruction, d'actes conservatoires ou préparatoires, qui peuvent rentrer dans ce qui appartient à l'office du juge, ou qui ne sont que des précautions qu'une partie prudente croirait nécessaire de prendre? On ne peut mieux faire que d'appliquer, par analogie, les principes du droit commun; on le doit même, et surtout dans le cas où la loi spéciale, relative à la procédure des justices de paix, contiendra une disposition dont les moyens d'exécution se trouveraient dans la partie du Code qui règle la procédure à suivre devant les autres tribunaux.

Mais s'agit-il d'une disposition pénale quelconque, par exemple, de déchéance, péremption, nullité, exception, etc.? On ne peut, dans le silence de la loi spéciale, appliquer la loi générale, et causer ainsi un dommage auquel la première n'a pas entendu soumettre la partie.

[[M. Pigeau, *Comm.*, t. 1, p. 122 à 136, examine fort au long quelles sont les règles de la procédure ordinaire applicables à celles des justices de paix. Nous aurons souvent occasion d'examiner ses opinions sur ce point.]]

3° Enfin, nous avons dit que le juge de paix était juge d'exception; mais il peut être délégué par un juge ordinaire; et alors quelle procédure devra-t-il suivre?

Les avis sont partagés; mais nous pensons qu'il est au moins prudent de suivre les règles auxquelles serait soumis le juge-commissaire pris dans le sein du tribunal qui aurait délégué (2).

TITRE Ier.

Des Citations.

La citation est l'assignation, l'ajournement, en un mot, l'exploit de la demande formé en justice de paix; c'est l'acte *notifié* par lequel un individu est appelé devant un juge de paix, pour qu'il soit prononcé sur la demande exposée dans cet acte (3).

La loi indique ce que la citation doit contenir; comment et par qui s'en fait *la notification;* devant quel juge de paix il faut citer. (Art. 2, 3.)

Quels *délais* il faut accorder pour comparaître. (Art. 5, 6.) La citation ne sert qu'à prouver que la personne sommée de comparaître a été avertie et mise à lieu de se défendre : elle devient donc inutile lorsque toutes les parties se présentent volontairement pour demander jugement. (Art. 7.)

---

(1) Berriat-Saint-Prix, p. 372.

(2) *V.* nos *Questions* sur l'art. 36.

(3) La loi se sert du mot *citation* pour les justices de paix, comme elle se sert, pour les tribunaux civils, au liv. 2, tit. 2 du mot *ajournement*, pour désigner l'exploit de la demande ou l'assignation. Pour ce qui concerne les assignations en général, *V.* nos *Quest.* sur ce titre.

Ce consentement dispense également de toutes les autres conditions rappelées dans ce titre, sur le choix du juge de paix et sur les délais. (Art. 7.)

Add.—Le mot *citation* a été emprunté au style des anciennes officialités; il correspond à ce que les Romains appelaient, *in jus vocatio;* il a été employé pour désigner en justice de paix l'exploit de demande, que l'on nomme *ajournement* ou *assignation*, lorsqu'il est notifié à une partie pour qu'elle ait à comparaître devant un tribunal civil d'arrondissement ou de commerce : ces trois mots sont donc absolument synonymes, et l'on ne saurait assigner aucune raison qui puisse motiver la qualification particulière sous laquelle on désigne cet exploit lorsqu'il s'agit d'assigner devant un juge de paix. Mais elle était en usage dans l'ancien ressort du tribunal de Normandie, et n'a été employée dans le Code de procédure que par suite de cet usage auquel le célèbre constituant Thouret, avocat au parlement de Rouen, celui qui prit le plus de part à la création et à l'organisation des justices de paix, était familiarisé. Cette différence de dénomination n'a conséquemment aucune influence sur les effets de l'exploit de demande qu'elle désigne.

Nous disons exploit, parce qu'il tient à son essence qu'elle soit notifiée par un huissier : or, on appelle *exploit* tout acte du ministère de ces officiers de justice. **Carr.**

[[Le mot *citation*, dérivé du latin *citò*, s'applique plus particulièrement selon M. THOMINE DESMAZURES, t. Ier, p. 48, aux assignations qui ne comportent qu'un court délai.]]

ART. 1er. Toute citation devant les juges de paix contiendra la date des jours, mois et an; les noms, profession et domicile du demandeur; les noms, demeure et immatricule de l'huissier; les noms et demeure du défendeur : elle énoncera sommairement l'objet et le moyens de la demande, et indiquera le juge de paix qui doit connaître de la demande, et le jour et l'heure de la comparution.

Tarif, art. 7 et 21.—[Notre Commentaire du Tarif, t. 1, p. 1 à 3, nos 1 à 9.] Loi du 29 octobre 1790, art. 1, 2, 5.—Code de proc., art. 4, 61, 65.—C. civ., 102.—[Loi du 25 mai 1838, art 17.—Notre Dict. gén. de proc., vis *Exploit*, nos 2 et 3; *Tribunaux*, no 106.—Arm. Dalloz, vo *Exploit*, nos 836, 837, 846 à 850.—Carré, *Comp.*, Ire part., liv. Ier, tit. Ier, art. 12, *Q.* 33, éd. in-8°, t. 1, p. 237.—Carré, *Justice de paix*, t. 4, p. 6 à 13, nos 2638 à 2651, et p. 19 et 20, nos 2665 et 2666. — Locré, t. 21, p. 176, 177, 178 377, 521 et 556. — QUESTIONS TRAITÉES : La citation doit-elle énoncer les prénoms du demandeur et du défendeur? *Q. 1.*—Suffit-il d'indiquer que le demandeur est propriétaire quoiqu'il ait une profession? *Q.* 2.—Doit-on nommer le juge de paix devant lequel le défendeur est cité? *Q.* 2 *bis.*—Quand la citation est donnée à comparaître à l'audience ordinaire, est-il indispensable d'indiquer l'heure? *Q.* 3. — Si l'on doit indiquer l'heure de la comparution, comme nous l'avons dit sur la troisième question, doit-on désigner également le jour? *Q.* 3 *bis.* — Doit-on indiquer dans la citation la personne à qui la copie est remise? *Q.* 4. — Quelles sont les dispositions des articles du Code de proc., au titre des ajournements, que l'on doit appliquer aux citations? *Q.* 4 *bis.* — Qu'est-ce que le juge de paix peut ordonner, s'il y a omission des formalités prescrites par l'art. Ier? *Q.* 5. — Si la partie ne comparaît pas, le juge de paix pourra-t-il, s'il reconnaît qu'aucun préjudice n'a été porté au défendeur par la nullité, donner défaut contre lui? *Q.* 5 *bis.* — Le demandeur est-il tenu de se conformer à l'objet de la citation, ou peut-il, devant le juge, établir une nouvelle demande? *Q.* 5 *ter.* — N'est-il pas une formalité préalable à remplir par le demandeur, avant de donner sa citation? *Q.* 5 *quater.*]

V. *infrà*, p. 10. *Questions diverses sur les billets d'avertissement.*

I. Cet article prescrit la forme intrinsèque de la citation, et l'on voit qu'elle se compose de sept formalités bien distinctes :

La première est *la date*, dont la mention a pour but, 1° de constater si cette notification a été faite en temps utile; 2° d'assurer si le délai pour comparaître a été observé; 3° de fixer le jour depuis lequel la partie citée est constituée en demeure.

La seconde consiste dans *la désignation du demandeur*, afin que le défendeur n'ait aucun doute sur la personne de celui qui agit, et qu'il soit en état de connaître si le demandeur est bien son créancier, s'il est ou non capable d'es

ter en jugement, et qu'il puisse lui faire des offres ou propositions, afin de prévenir les suites de l'action.

La troisième est *la désignation de l'huissier*, laquelle est indispensable, non-seulement parce que la loi n'ajoute foi à la citation qu'autant qu'elle est faite par le ministère de l'officier public compétent, mais encore parce que la partie doit avoir le moyen de s'adresser à l'huissier, en cas qu'elle ait à lui soumettre quelques propositions, qu'elle ne peut ou qu'elle ne croirait pas devoir faire au demandeur lui-même.

La quatrième est *la désignation du défendeur,* dont l'objet est de prévenir toute équivoque, et de rendre le défendeur certain que c'est bien lui-même qu'on appelle devant le juge.

La cinquième est *l'exposé sommaire*, c'est-à-dire le plus bref, le plus succinct, de l'objet et des moyens de la demande, ou, autrement, de la condamnation qu'on se propose d'obtenir. Le défendeur doit en effet savoir ce qu'on lui demande, et par quel motif. Si donc la citation a pour objet la réclamation d'une somme d'argent, il est indispensable d'en fixer le montant. S'il s'agit d'un déplacement de bornes, d'une usurpation de terre, ou de tout autre trouble de ce genre, on devra désigner la situation et la nature de l'héritage, de manière que le défendeur puisse examiner si vraiment le trouble a été commis, et s'il lui est imputable; et, comme il ne peut rester dans l'ignorance des moyens de la réclamation, afin de préparer ceux de sa défense, il est essentiel de lui faire connaître sommairement en vertu de quelle loi, de quelle convention ou de quel fait la première est formée.

La sixième est *l'indication du juge de paix* que la loi déclare compétent pour statuer sur la demande, et que le défendeur doit connaître, non-seulement pour remplir l'obligation que la citation lui impose de se présenter devant lui, mais pour examiner si ce juge est réellement celui que la loi désigne, ou s'il ne serait pas sujet à récusation.

La septième et dernière est *l'indication du jour et de l'heure* de la comparution, à laquelle on ne doit pas suppléer par l'énonciation vague et générale des *délais de la loi*, attendu que les audiences des juges de paix ne sont pas invariablement fixées, et que le défendeur ne doit pas être exposé à des déplacements inutiles.

Telles sont les formalités que l'on appelle *intrinsèques*, parce qu'elles tiennent à la substance de l'acte. Il en est d'autres que l'on appelle extrinsèques, et qui consistent à dresser l'exploit sur papier timbré, à le faire enregistrer dans les quatre jours de sa date, par le receveur, sur l'original; enregistrement que l'huissier doit mentionner sur la copie, ainsi que le coût de l'acte sur l'un et sur l'autre.

[[L'enregistrement ne doit pas être mentionné sur la copie, puisque celle-ci est remise avant que la formalité ait été remplie.]]

1. *La citation doit-elle énoncer les prénoms du demandeur et du défendeur?*

La loi n'exige pas cette énonciation, mais il convient de la faire en certains cas; par exemple, lorsque plusieurs frères, exerçant la même profession, ne pourraient être distingués les uns des autres que par leurs prénoms. V. *Man. des just. de paix,* par Levasseur, p. 46, nº 76; et les *Quest.* sur l'art. 61.

Add. — Le contraire a été soutenu depuis la publication de nos *Lois de la procédure,* attendu que l'art. 1er exige les noms; ce qui devrait s'entendre naturellement des prénoms et du nom de famille, attendu qu'il est rare qu'une personne ait plusieurs noms propres : nous répondons que la jurisprudence est conforme à notre opinion, et qu'il n'est pas présumable qu'elle change. On a en effet considéré, et avec raison que lorsque la loi a entendu exiger l'énon-

ciation des prénoms, elle l'a dit formellement ; par exemple, dans l'art. 2148 du Code civil. Il n'y aurait donc lieu à déclarer la citation non avenue qu'autant que la copie de la citation aurait été, par une erreur à laquelle l'omission du prénom eût entraîné l'huissier, remise à un autre individu que celui que le demandeur eût entendu citer. **Carr.**

[[Cette décision paraît fort juste ; elle est adoptée par M. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 174. *Voy.* notre *Quest.* 285.]]

2. *Suffit-il d'indiquer que le demandeur est propriétaire, quoiqu'il ait une profession ?*

Jugé affirmativement. (Paris, 17 août 1810, et Besançon, 21 mai 1812 ; *J. P.*, 3e édit., t. 8, p. 539, et t. 10, p. 412.)

[[*Voyez* ce que nous disons sous l'art. 61.]]

Add. — 2 bis. *Doit-on nommer le juge de paix devant lequel le défendeur est cité ?*

Il suffit de le désigner par sa qualité, en y joignant le nom du canton dans lequel il exerce sa juridiction, **Carr.** [[afin qu'il n'y ait point d'équivoque possible.]]

3. *Quand la citation est donnée à comparaître à l'audience ordinaire, est-il indispensable d'indiquer l'heure ?*

M. Delaporte, dans son *Commentaire*, t. 1, p. 3, fonde la négative sur ce que l'heure est connue par la fixation que le juge de paix a faite. Ainsi, dit-il, le défaut serait prononcé régulièrement, quoique l'heure n'eût pas été exprimée dans la citation.

Nous opposons les termes de l'article, qui exigent *la mention de l'heure*, sans distinguer entre les audiences ordinaires et les autres.

[[Cette mention nous paraît en effet d'une grande nécessité.]]

Add. — 3 bis. *Si l'on doit indiquer l'heure de la comparution, comme nous l'avons dit sur la troisième* Question, *doit-on désigner également le jour?*

Oui, car autrement le défendeur serait exposé à des déplacements d'autant plus fréquents que les audiences des juges de paix ne sont point invariables. Ainsi, l'on ne remplirait point le vœu de la loi par ces expressions vagues, délai de la loi, dont on se contente dans les ajournements devant les autres tribunaux dont les jours et heures d'audience sont toujours les mêmes. **Carr.**

[[On ne peut point hésiter à sanctionner cette solution. Mais elle doit être la même pour les ajournements devant les tribunaux ordinaires. Voir nos *Quest.* sous l'art. 61.]]

4. *Doit-on indiquer, dans la citation, la personne à qui la copie est remise ?*

Quoique le Code de procédure n'ordonne pas expressément cette indication, elle n'en doit pas moins être faite ; car, en cas de non comparution, elle devient nécessaire pour constater que le défendeur a été légalement averti par la copie de l'original représenté. (*V.* LEVASSEUR, p. 46, n° 76.)

[[Cette décision est également fort juste.]]

Add. — 4 bis. *Quelles sont les dispositions des articles du Code de procédure au titre des ajournements, que l'on doit appliquer aux citations ?*

Nous avons dit, dans notre *Traité des justices de paix*, t. 4, p. 7 et suivantes.

nos 2638 à 2651, que ce sont celles de l'art. 64, et, si la citation est donnée en matière possessoire, des art. 65 et 67. Mais M. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 3, ne pense pas que ce dernier article soit applicable aux huissiers des justices de paix.

Il se fonde premièrement sur ce que l'article dont il s'agit, se trouvant au livre 2 qui traite des tribunaux inférieurs, ne parle que des huissiers de ces tribunaux et non de ceux des justices de paix, et que le Code établit encore des différences entre eux, puisqu'il pose (art. 4) des règles pour les seconds qu'il ne pose pas pour les premiers; secondement, sur ce qu'il est de principe, sans exception, que les peines ne s'étendent pas d'un cas à un autre, quelle que soit la parité des raisons.

Nous n'en persistons pas moins dans l'opinion que nous avons déjà manifestée, et entre autres raisons, parce que l'art. 67 ne distingue point et se sert de ce terme générique *huissiers*, qui comprend les huissiers des juges de paix comme les autres.

Ceux des autres articles que nous considérons ici comme applicables aux citations prononcent la peine de nullité des ajournements dans lesquels on n'aurait pas observé les formalités qu'ils prescrivent : nous aurions donc à examiner si cette inobservation pourrait entraîner l'annulation d'une citation, si nous n'avions traité cette question au n° 5. Cependant l'opinion émise par M. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 3, sur la nullité d'une citation dans laquelle auraient été omises celles des formalités prescrites par l'art. 1, auxquelles il attribue le caractère de formalités substantielles, exige de notre part un nouvel examen de cette question. **Carr.**

[[*V.* nos observations sur la *Quest.* suivante.]]

5 *Qu'est-ce que le juge de paix peut ordonner, s'il y a omission des formalités prescrites par l'art.* 1er ?

Comme l'art. 1er ne prononce pas la nullité, l'omission ne peut avoir d'autre effet que celui d'autoriser le juge de paix à ordonner, *suivant les circonstances*, c'est-à-dire, lorsqu'il est démontré que le défendeur souffrirait préjudice, si la citation irrégulière n'était pas remplacée par une nouvelle, un réassigné, dont l'huissier auteur de l'irrégularité supporterait les frais. Ainsi, et à plus forte raison, le juge de paix ne serait pas tenu, comme le pense M. BIRET, t. 1, p. 83, d'annuler la citation, sous prétexte qu'étant un véritable ajournement par sa nature et sa forme, elle serait sujette aux nullités prononcées par les articles 61, 64 et 66, dont les dispositions ne peuvent être étendues d'un acte à un autre.

Add. — Tout en convenant que l'omission des formalités substantielles peut entraîner la nullité de la citation, encore bien que la loi ne l'ait point prononcée en termes exprès, nous pensons néanmoins que cette inobservation n'est qu'un moyen d'appel, et que l'équité de la décision doit toujours l'emporter sur le vice de forme. Par suite de cette opinion, nous venons de dire que la nullité ne doit avoir d'autre effet que celui d'autoriser le juge de paix à ordonner un réassigné, lorsqu'il le jugerait nécessaire, suivant les circonstances.

La conséquence de cette opinion est qu'au cas de nullité reconnue par lui, le juge de paix n'est pas tenu d'ordonner une nouvelle citation, dans tous les cas où la partie n'en souffrirait aucun préjudice.

On déciderait différemment, si l'on adoptait l'opinion émise par M. PIGEAU *Comm.*, t. 1, p. 3.

Il se demande si l'on doit étendre à l'omission des formalités prescrites par l'art. 1er, l'art. 70, qui prononce la peine de nullité des exploits d'ajournement qui ne seraient pas conformes aux dispositions de l'art. 61 : « Il faut, répond

il, décider pour cette extension ; car comment considérer comme valable une citation qui ne contiendrait aucune des énonciations exigées par cet art. 1er, qui omettrait ou qui laisserait ignorer quel est le demandeur, le défendeur, l'huissier, les causes de la demande? Comment, ajoute-t-il, pourrait-on soutenir que le défendeur est suffisamment averti par un acte qui manque de ce qui forme essentiellement un avertissement? »

L'auteur renvoie ensuite à une note dans laquelle il dit, sur l'art. 173, « qu'il y a nullité, quoique la loi ne la prononce pas, toutes les fois qu'on n'a pas rempli une formalité essentielle, et sans laquelle on ne pourrait arriver au but qu'a eu le législateur en l'établissant. »

Si nous avons nous-même admis ces effets de l'omission des formalités substantielles (1), nous n'avons pas entendu étendre l'application de cette doctrine à tous les cas indistinctement, et nous maintenons de nouveau que l'on doit faire une exception à l'égard des formalités des citations, suivant les circonstances, c'est-à-dire lorsque le défendeur ne souffrirait aucun préjudice de la nullité, quoique substantielle, de l'exploit. Ainsi, comme dans les exemples donnés par M. Pigeau, l'on ne pourrait prétendre avec fondement que la personne à qui la citation aurait été notifiée, et qui comparaît, a souffert ou pourrait souffrir préjudice des omissions que cet auteur indique; ce serait méconnaître le but de célérité et d'économie des frais que le législateur s'est proposé d'atteindre, en traçant la procédure des justices de paix, que de décider que le juge est dans l'obligation de prononcer la nullité, et d'ordonner en conséquence une réassignation. Cette obligation ne lui est imposée que par la seconde disposition de l'art. 5. (V. *infrà*, *Quest.* 18.)

Ainsi, nous appliquons aux citations l'ancienne maxime que *nullité sans griefs n'opère*, maxime pleine de justice, que nous voudrions également, à l'exemple de l'art. 82 du Code de procédure civile des Pays-Bas, pouvoir appliquer à tous les exploits et actes de procédure, si les lois qui attachent la peine de nullité aux actes de procédure irréguliers n'y mettaient un obstacle invincible, en ne la subordonnant pas à l'appréciation des griefs.

En émettant cette opinion relativement aux citations, nous ne croyons point tomber en contradiction avec ce que nous avons dit *Quest.* 3392, comme on pourrait le croire en lisant une dissertation insérée dans la nouvelle édition du *Journal des Avoués*, v° *Exploit*, t. 13, p. 293. Si, en effet, nous avons admis qu'il faut prononcer la nullité des actes qui sont dépourvus des formalités substantielles, nous avons posé le principe général, sauf le cas d'exception porté dans notre *Quest.* 5, relativement aux citations données en justice de paix.

Par une conséquence nécessaire de cette opinion, nous pensons qu'encore bien que les articles ci-dessus indiqués du Code de procédure, que nous avons dit être applicables à ces exploits portent la peine de nullite, elle ne doit être prononcée que sous la condition d'un préjudice que leur irrégularité causerait au défendeur. Il serait contradictoire d'appliquer cette peine, lorsque les dispositions spéciales de la procédure des justices de paix ne l'attachent pas à l'omission des formalites qu'elles prescrivent elles-mêmes. **Carr.**

[[M. THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 49, se prononce également contre la nullité radicale qu'on voudrait faire résulter de l'inobservation des formalités prétendues essentielles à la citation, et M. BOITARD, t. 2, p. 368 et suiv., l'adopte, au contraire. Mais, au milieu de ces divergences, domine la même idée, savoir que, lorsque la citation est tellement vicieuse qu'il soit impossible d'y voir l'accomplissement du but auquel elle est destinée, et que le cité ne com-

(1) Introduct., n° 118.

paraît point, le juge peut user de la faculté qui lui est accordée par l'art. 5; mais M. Boitard fait observer que cette réassignation n'équivaut pas absolument à une annulation du premier acte, lequel continue à subsister relativement aux autres effets qu'il peut produire, par exemple, l'interruption de la prescription. Quant à nous, nous persistons dans l'opinion que nous avons émise au *Journal des Avoués*, *loco citato.*]]

Add.—5 bis. *Si la partie ne comparaît pas, le juge de paix pourrait-il, s'il reconnaissait qu'aucun préjudice n'aurait été porté au défendeur par la nullité, donner défaut contre lui?*

Il semblerait juste d'ordonner la réassignation, parce que l'on peut présumer que l'omission de la formalité substantielle a été l'unique cause de la non-comparution.

Quoi qu'il en soit, nous ne pensons pas que le juge de paix pût se dispenser de donner défaut, si le demandeur le requérait, attendu qu'il ne lui est pas permis de suppléer d'office une nullité, ce qu'il ferait s'il ordonnait un réassigné. Il faut appliquer ici les motifs des solutions données sur les *Quest.* 748 et 749. **Carr.**

[[M. Carré nous semble ici en opposition avec la solution par lui donnée au commencement du nº 5. *Voyez* nos observations sur cette *Question* et sur les *Questions* des nos 748 et 749, dans lesquelles nous combattons l'opinion de M. Carré.]]

[[**5** ter. *Le demandeur est-il tenu de se conformer à l'objet de sa citation, ou peut-il, devant le juge, établir une demande nouvelle?*

La réponse à cette question se trouve dans les termes et dans l'esprit de l'art. 1er, qui a fixé les obligations du demandeur, en établissant que la citation énoncera sommairement l'objet et les moyens de la demande. Ainsi la citation doit énoncer d'une manière expresse la demande sur laquelle le juge de paix est appelé à prononcer. Le défendeur ne saurait être tenu de répondre devant le juge à une demande qu'on ne lui a pas fait préalablement connaître, ce qui n'empêche pas néanmoins que la demande primitive ne puisse être étendue, expliquée, développée, puisque la citation n'a dû l'énoncer que d'une manière sommaire. Mais on ne serait pas admis, sous prétexte de développements ou d'explications, à en changer la nature et la base.]]

[[**5** quater. *N'est-il pas une formalité préalable à remplir par le demandeur, avant de donner sa citation?*

D'après la loi de 1790, la citation ne pouvait être donnée que sur une cédule ou *permission d'assigner* délivrée par le juge. Le but de cette formalité était de fournir au juge l'occasion de rapprocher les parties avant le commencement du procès pour le prévenir s'il était possible. Mais la nature obligatoire de cette précaution en avait dès longtemps annihilé les bons effets, en sorte que le Code de procédure la supprima. Un usage, assez généralement répandu, avait néanmoins essayé de la reproduire au moyen *de billets d'invitation*, ou avertissements sans frais, que le greffier délivrait au demandeur, pour être par ses soins remis au défendeur, dans le but de l'engager à se présenter, à jour et heure indiqués, devant le juge, pour s'y expliquer sur la demande à intenter contre lui : c'était une espèce d'essai de conciliation.

Cette mesure, qui, jusqu'alors, n'avait eu qu'un caractère purement privé et extralégal, est devenue l'objet d'une disposition législative contenue dans l'art. 17 de la loi du 25 mai 1838 (*J. Av.*, t. 54, p 160), ainsi conçu : « Dans toutes

« les causes, excepté celles où il y aurait péril en la demeure, et celles dans les-
« quelles le défendeur serait domicilié hors du canton ou des cantons de la
« même ville, le juge de paix pourra interdire aux huissiers de sa résidence
« de donner aucune citation en justice, sans qu'au préalable il n'ait appelé
« sans frais les parties devant lui. »

Résulte-t-il de cet article que le juge de paix puisse faire un règlement général, pour exiger l'accomplissement de cette formalité indistinctement dans toutes les causes à naître, sauf, bien entendu, les deux exceptions prévues par l'article lui-même?

Notre estimable et savant confrère, M. BENECH, se propose cette question, aux pages 448 et suivantes de l'excellent Traité qu'il a publié sur la loi du 25 mai 1838.

Se livrant à une analyse profondément raisonnée des phases diverses qu'à subies, dans la discussion législative, la disposition qui nous occupe, il en obtient ce résultat, que l'intention évidente des auteurs de l'article a été de conserver aux avertissements préalables le caractère facultatif qu'ils avaient eu jusque-là dans l'usage, non pas, à la vérité, que le demandeur puisse à son gré se dispenser de cette formalité, mais dans ce sens qu'on a voulu laisser au juge le soin de l'exiger ou d'en affranchir, suivant qu'il y aurait lieu ou non d'en espérer de bons effets.

En un mot, on a évité d'en faire une formalité obligatoire *à priori*, et qui, par cela seul qu'elle aurait ce caractère, qu'elle cesserait d'être un acte spontané et paternel du juge, verrait compromettre toute son efficacité.

Or, continue M. BENECH, une disposition réglementaire et générale, émanée du juge, pour établir en principe, dans son canton, une obligation que la loi n'a pas voulu sanctionner elle-même, n'aurait-elle pas les mêmes inconvénients?

Il faut donc reconnaître que l'art. 17 n'a pas entendu accorder aux juges de paix le pouvoir de faire un règlement sur la matière qu'il concerne, mais seulement le droit de se faire rendre compte au préalable de l'objet et de la nature de toutes les causes qui doivent être portées devant son tribunal, pour, suivant les circonstances, leur appliquer la nécessité de l'avertissement préalable ou les en dispenser.

Par conséquent, un semblable règlement ne pourrait encore être rendu sans excès de pouvoir, pas plus qu'il n'aurait pu l'être avant la promulgation de la nouvelle loi, ainsi que l'avait jugé la Cour de cassation, le 17 juillet 1817 (*S.*, t. 17, 1re part., p. 347).

L'huissier, qui donnerait une citation sans s'être assuré que le juge de paix a été mis à même de statuer sur la nécessité de l'avertissement préalable, serait sujet à la peine portée par l'art. 19 de la même loi; mais il est inutile de faire observer que cette infraction n'entraîne point la nullité de la citation. *V.* l'opinion conforme de M. VICTOR FOUCHER, *Commentaire des lois des* 26 *mai et* 11 *avril* 1838, n°s 476 à 486.]]

Supp. alph., v° *Avertissement en justice de paix.*

ART. 2. En matière *purement personnelle* ou *mobilière*, la citation sera donnée devant le juge du domicile du défendeur; s'il n'a pas de domicile, devant le juge de sa résidence.

Code de proc., art. 59, 363.—C. C., art. 102 et suiv. — Loi du 26 octobre 1790, tit. 1, art. 3. — Loi du 24 août 1790, tit. 3, art. 9, et du 29 vent. an 9, art. 2 [Loi du 25 mai 1838, art. 1. — Notre Dict. gén. de proc., v° *Juge de paix*, n°s 12 et 81. — Armand Dalloz, v° *Compétence civile*, n°s 447 à 449. — Carré, *Comp.*, 2e part., liv. III, tit. 2. chap. 2, § 4, éd. in-8°, t. 6, p. 262, Carré, *Justice de paix*, t. 4, p. 13 à 16, n°s 2652 à 2659. — Locré, t. 21, p. 378 et 556. — QUESTIONS TRAITÉES : Si la même action, dérivant du même titre, comprend tout à la fois des chefs de la compétence du juge de paix, et des chefs réservés aux tribunaux ordinaires, où doit-on porter l'action? *Q.* 6. — Qu'entend-on par ré-

sidence? peut-on citer valablement devant le juge de paix du lieu de la résidence, lorsqu'on allègue l'ignorance du domicile, et que le défendeur ne prouve pas qu'il a un domicile? *Q.* 7. — Peut-on citer devant le juge de paix du domicile élu, conformément à l'art. 111 du C. C.? *Q.* 8. — Quelles sont les dispositions du Code au titre des ajournements que l'on doit appliquer dans le silence de l'art. 2? *Q.* 8 *bis.* — Si le lieu de la résidence n'est pas connu, devant quel juge la citation doit-elle être donnée? *Q.* 8 *ter.* — Voir, sous l'art. 3, les *Q.* 8 *quater* et 8 *quinquies.*] (1).

II. Les matières personnelles sont celles dans lesquelles une partie agit contre une autre qui lui est personnellement obligée, soit en vertu d'un contrat ou d'un quasi-contrat, soit par suite d'un délit ou d'un quasi-délit.

Les matières mobilières sont les actions par lesquelles on revendique, soit la propriété, soit la possession des meubles ou des choses mobilières; mais le juge de paix n'en connaît qu'autant que la valeur est déterminée, par la demande, au taux de sa compétence, en premier ou dernier ressort. (V. *Henrion de Pansey*, pag. 113.)

Tout autre tribunal n'est compétent que par exception. L'art. 2 fait à ces matières l'application de la maxime générale, *actor sequitur forum rei;* maxime fondée sur le grand intérêt qu'ont les justiciables d'être, le plus qu'il est possible, rapprochés de leurs juges. Les dispositions qui attribuent les matières réelles à un autre tribunal que celui du domicile (*V.* l'art. suivant), font à ce principe une exception dont nous ferons connaître les motifs.

On remarquera que, par oubli, sans doute, les rédacteurs de la loi de 1790 n'avaient parlé que du *domicile.* Il était indispensable de lever toute difficulté pour le cas où le défendeur n'eût pas de domicile; et il était naturel de suppléer au défaut ou à l'ignorance de ce domicile, en autorisant à donner la citation devant le juge *de la résidence.*

Add. — Faisons observer que l'on nomme purement personnelles les actions qui dérivent de la même cause que les actions personnelles, telles qu'elles sont définies généralement, c'est-à-dire d'un contrat ou d'un quasi-contrat, d'un délit ou d'un quasi-délit, mais qui ne présentent rien qui puisse les faire participer, sous quelque rapport que ce soit, de la nature de l'action réelle.

En maintenant la définition que nous avons donnée des actions mobilières (2), nous ajouterons que l'art. 2 porte actions purement personnelles *ou* mobilières, et que, par cette préposition tout à la fois disjonctive et copulative, le législateur a évité, dans le Code de procédure, le doute qui naissait de la conjonction ET dans l'art. 9 de la loi de compétence du 24 août 1790, sur le point de savoir si le juge de paix n'était compétent qu'autant que la cause serait tout à la fois purement personnelle et mobilière. C'est donc en matière seulement mobilière que la citation doit, aux termes de l'art. 2, être donnée devant le juge de paix du domicile du défendeur, mais toujours faut-il que cette dernière action soit aussi purement personnelle, c'est-à-dire qu'elle n'offre rien qui se rattache aux caractères qui constituent une action réelle (3).

Il suit de là sans doute que l'action que l'on appelle mixte, en ce sens qu'elle participerait tout à la fois et de l'action personnelle et de l'action réelle, considérée comme ayant pour objet un immeuble ou un droit immobilier,

---

(1) JURISPRUDENCE.

[Nous pensons que les apprentis, ou leurs père et mère responsables ne peuvent être traduits, pour inexécution du traité d'apprentissage, que devant le juge de paix de leur domicile. Cass., 22 déc. 1835, *J. Av.*, t. 50, p. 35. *V.* d'ailleurs le § 3 de l'art. 5 de la loi du 25 mai 1838.]

(2) *Traité des Justices de paix*, t. 2, p. 147, nos 1297 à 1300.

(3) Rapprochez de ce commentaire ce que nous avons dit dans notre *Traité des Lois d'organisation et de compétence*, édit. Foucher, t. 6, p. 262, où vous trouverez résolues les questions de compétence qui se rattachent à l'art. 2. [*V.* aussi les comm. de MM. BENSON et VICTOR FOUCHER, sur la loi du 25 mai 1838.]

n'est point de la compétence du juge de paix, et que, par conséquent, il n'y a point lieu d'apliquer à son égard la disposition de l'art. 2.

Mais une action relative à un objet mobilier n'est point personnelle, puisqu'elle concerne une chose corporelle.

C'est pourquoi la Cour de cassation, dans le projet qu'elle a présenté (*V. J. Av.*, t. 2, p. 303), définissait ainsi l'action réelle, dans son art. 55 :

« L'action réelle est celle par laquelle on revendique une chose certaine et « déterminée, mobilière ou immobilière.» Aussi dit-on action réelle mobilière, comme on dit action réelle immobilière.

De même, dit M. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 4, une action peut être purement personnelle et mobilière tout à la fois, et alors elle est mixte. Ceci est parfaitement raisonné dans la doctrine, et, par exemple, on peut qualifier action personnelle mobilière, et, par conséquent, mixte, celle qui tendrait à la revendication d'un objet mobilier, en même temps qu'à des dommages-intérêts pour indemnité de la privation de la jouissance ou possession de cette chose.

L'auteur paraît attacher une grande importance à ce point de doctrine, et cependant il nous semble qu'il n'en résulte aucun effet, sous le rapport de la compétence et de la procédure, puisque le juge de paix est également compétent, en raison de la matière, et pour la demande en revendication, qui constitue l'action réelle, et pour la demande en dommages-intérêts, qui est purement personnelle; en sorte que le mélange des deux caractères, qui feraient donner à l'action la qualification d'action mixte, est absolument insignifiant. **Carr.**

[[Nous renvoyons nos lecteurs à notre système complet sur la nature des actions, art. 59.

Tout le monde sait que la compétence des magistrats peut être envisagée sous deux aspects, relativement à la matière d'une part, relativement au domicile des parties ou à la situation de l'objet litigieux d'autre part.

En d'autres termes, comme il y a dans l'état divers degrés, divers genres, divers corps de juridiction, à chacun d'eux est attribuée la connaissance exclusive d'une certaine nature d'affaires, et c'est ce qui constitue leur compétence matérielle. Mais comme on trouve répandus, sur tout le territoire, des magistrats de chaque degré, de chaque genre, de chaque corps, qui s'en partagent l'étendue; chaque affaire, suivant la situation du domicile ou de l'objet litigieux, est attribuée à tel ou tel siége du même genre ou du même degré, et c'est là ce qui constitue la compétence personnelle.

La deuxième est la seule dont le Code de procédure se soit occupé; il a négligé la première comme régie par des principes qui tiennent plus au fond qu'à la forme.

A son exemple, et d'après la méthode suivie par M. Carré, qui a cru devoir consacrer un traité particulier à cette sorte de compétence, nous nous sommes fait une loi de n'en point parler dans cet ouvrage. Nous nous bornerons donc, pour ce qui concerne la compétence des juges de paix, à renvoyer aux lois qui la déterminent, savoir aux art. 9 et 10 de la loi des 16-24 août 1790, qui ont été considérablement modifiés par les art. 1 à 10 de la loi du 25 mai 1838. On peut consulter, sur cette dernière loi, le traité de M. BENECH, aux observations duquel nous aurons souvent occasion de rendre hommage. On pourra également se reporter aux notices contenues dans notre *Dictionnaire général de Procédure*, v° *Juge de paix*, nos 1 à 80, 86 à 104.]]

6. *Si la même action, dérivant du même titre, comprend tout à la fois des chefs de la compétence du juge de paix, et des chefs réservés aux tribunaux ordinaires, où doit-on porter l'action ?*

On doit la porter devant le tribunal d'arrondissement, qui ne peut scinder

la demande, et doit prononcer sur tous les chefs. (Paris, 8 août 1807, *S.*, t. 14, 2e partie, p. 189, et *J. Av.*, t. 16, p. 594.)

Add. — On remarquera que plusieurs arrêts de la Cour de cassation ont consacré cette solution dans d'autres espèces.

Nous citerons, entre autres, 1° celui du 13 juillet 1807 (*S.*, t. 7, 2e partie, p. 271, et *J. Av.*, t. 16, p. 594), qui décide qu'un tribunal civil, seul compétent pour connaître de la demande formée contre un fermier, relativement à des pailles et fumiers, le devient pour connaître, dans la même affaire, d'une demande à fin de réparations et de dégradations, objets placés dans les attributions du juge de paix.

2° Celui du 29 juin 1820 (*S.*, t. 21, 1re partie, p. 112, et *J. Av.*, t. 22, p. 132), qui décide que, lorsqu'une même action embrasse une question de propriété et une question de dommages aux champs, le tribunal civil peut et doit connaître des deux questions, si elles sont connexes, encore bien que la première soit de la compétence du juge de paix.

En rappelant l'arrêt du 8 août 1807, sur lequel seulement nous avions établi la solution de notre *Quest.* 6, M. Chauveau reproduit des observations faites par M. Coffinières, dans sa *Jurisprudence des Cours souveraines.* « Si, dit ce dernier, l'on peut dire que la prompte expédition de la justice s'oppose à ce qu'on scinde l'action dérivant d'un seul titre, et qui est dirigée contre une partie agissant toujours en la même qualité, on peut dire aussi que l'incompétence des tribunaux civils, relativement aux objets que le législateur a placés dans les attributions spéciales des juges de paix, est une incompétence *ratione materiæ*, et qu'aucune considération particulière ne peut excuser la violation des principes constitutifs de la hiérarchie des tribunaux, et l'excès de pouvoir dont un juge se rend coupable en s'attribuant une juridiction qui ne lui appartient pas.

« En faveur de la première opinion, on peut invoquer l'art. 637 du Code de commerce qui, au lieu d'obliger le porteur d'un billet à ordre, revêtu de signatures d'individus négociants et d'individus non-négociants à scinder son action, l'autorise à les poursuivre tous devant le tribunal de commerce, quoique quelques-uns des défendeurs ne soient pas justiciables de ce tribunal, soit en raison de leur qualité, soit d'après la nature de l'engagement. D'un autre côté pour établir qu'un tribunal doit diviser l'action plutôt que de sortir de ses attributions, on peut argumenter des art. 426 et 427 du Code de procédure civile, qui ordonnent aux tribunaux de commerce de renvoyer les parties devant les tribunaux ordinaires, lorsque leurs qualités sont contestées, ou que l'une d'elles veut s'inscrire en faux contre une pièce produite. »

M. Coffinières n'indique point l'opinion qu'il adopte sur cette controverse. Nous pensons qu'il faut s'en tenir à celle que la jurisprudence a consacrée, attendu qu'elle est conforme aux principes de la prorogation légale de la juridiction pour cause de connexité; nous n'attachons aucune importance aux arguments tirés des art. 426 et 427 du Code de procédure, par le motif qu'ils contiennent une disposition spéciale sur les espèces qu'ils prévoient, d'où la conséquence qu'il faut suivre les principes généraux de compétence dans tous les autres cas (1). **Carr.**

« Il existe encore dans le même sens un arrêt de la Cour de cassation, du 3 pluviôse an XIII (*J. Av.*, t. 16, p. 577). La même doctrine est enseignée par

---

(1) *V.* notre *Traité des Lois d'organisation et de compétence*, liv. 2, tit. 1er, et liv. 8, tit. 1er.

M. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 7 et 8; cela doit s'entendre de deux demandes dérivant du même titre, ou du moins tellement connexes qu'on puisse leur appliquer le motif de l'art. 171. Mais s'il s'agissait de titres différents et de chefs bien distincts, le demandeur ne serait sans doute pas fondé à soutenir qu'il peut ainsi, par la jonction arbitraire de deux demandes étrangères l'une à l'autre, distraire le défendeur des juges que la loi lui donne.]]

7. *Qu'entend-on par résidence? Peut-on citer valablement devant le juge de paix du lieu de la résidence, lorsqu'on allègue l'ignorance du domicile, et que le défendeur ne prouve pas qu'il a domicile?*

Le domicile étant, d'après l'art. 102 du Code civil, le lieu dans lequel un individu a placé son principal établissement, on ne peut entendre par ce mot *résidence* que l'habitation momentanée qu'une personne fait dans un lieu, soit pour son plaisir, soit par nécessité, lorsque, par exemple, elle habite une auberge, une chambre, ou un hôtel garni.

« Dans le doute sur le domicile, dit M. DEMIAU, p. 15, il y a moins d'inconvénient à assigner devant le juge de la résidence, parce que l'art. 2 permet « de le faire, lorsqu'il n'y a pas de domicile. Or, c'est comme s'il n'y en avait « pas, du moins à l'égard du demandeur, lorsque le domicile du défendeur « lui est inconnu.

Telle est aussi notre opinion; mais il convient, en ce cas, que le demandeur déclare dans la citation qu'il assigne devant le juge de la *résidence*, parce qu'il ignore quel est le *domicile* de la partie adverse (1).

[[C'est aussi l'avis de MM. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 161, et LEPAGE, p. 64, et nous le partageons, malgré l'opinion contraire de M. FAVARD DE LANGLADE, t. 1, p. 490.]]

8. *Peut-on citer devant le juge de paix du domicile élu, conformément à l'article 111 du Code civil?*

L'art. 59 décide expressément qu'on peut assigner devant le juge de paix du domicile élu, conformément à l'art. 111 du Code civil. Il est vrai que cette disposition se trouve placée sous le titre des tribunaux inférieurs; mais il faut toujours en revenir à cet art. 111, dont elle est la conséquence; or, il ne distingue pas entre les justices de paix et les autres tribunaux (2).

[[Nous adoptons encore cette solution avec M. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 5.]]

---

(1) Sans doute le défendeur pourra, sur cette citation, et en prouvant qu'il a un domicile dans un autre lieu que celui de sa résidence, requérir son renvoi devant le juge que la loi indique. Sa demande sera nécessairement accueillie; car ce n'est qu'à défaut de domicile que la loi accorde juridiction au juge de la résidence. Mais la citation ne sera pas annulée, parce que la loi, à la différence de ce qu'elle prescrit pour les ajournements, n'attache pas la nullité à la circonstance que la copie aurait été remise ailleurs qu'au domicile. La citation produira donc l'effet d'avoir interrompu la prescription, conformément à l'art. 2246 du Code civil, et les frais en seront supportés par le défendeur, de même que ceux du déclinatoire, à moins qu'il ne prouve que l'ignorance du citant était volontaire; et que celui-ci n'eût donné la citation devant le juge de la résidence, qu'afin de le distraire de son juge naturel.

(2) M. GUICHARD, p. 30, donnait la même solution à une époque où notre législation ne présentait pas de dispositions aussi précises que celles des articles que nous venons de citer.

Add. — § bis. *Quelles sont les dispositions du Code au titre des ajournements que l'on doit appliquer dans le silence de l'art. 2?*

Ce sont celles des art. 59, § 1er, et 60.

Ainsi, l'action est-elle dirigée contre plusieurs défendeurs, on peut citer devant le juge de l'un d'eux au choix du demandeur (art. 59).

A-t-elle pour objet des frais faits par des officiers ministériels du juge de paix, c'est-à-dire par le greffier ou l'huissier, on cite devant ce juge. **Carr.**

[[Ceci est conforme aux observations de M. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 5. *V.* notre question 276 *bis*.

Lors de la discussion de la loi du 25 mai 1838, nous avions vivement demandé une extension de juridiction pour les frais faits par des huissiers exerçant près les tribunaux de première instance, et, dans un Mémoire présenté aux chambres par mon honorable ami, M. Billequin et moi, nous faisions sentir tous les inconvénients de l'application, en ce cas, de l'art. 60 pour le paiement d'un acte de 3 fr. 50; mais là, comme pour tant d'autres cas, la loi a été muette.]]

[[§ ter. *Si le lieu de la résidence n'est pas connu, devant quel juge la citation doit-elle être donnée?*

En ce cas, où il est impossible d'appliquer en faveur du défendeur la disposition de l'art. 2, on citera devant le juge du domicile du demandeur, c'est ce qu'enseigne M. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 5; mais voyez les distinctions faites par le même auteur, t. 1, p. 161. Nous les examinerons sous l'art. 59.]]

ART. 3. Elle le sera devant le juge de la situation de l'objet litigieux, lorsqu'il s'agira,

1° Des actions pour dommages aux champs, fruits et récoltes;

2° Des déplacements de bornes, des usurpations de terres, arbres, haies, fossés et autres clôtures, commis dans l'année; des entreprises sur les cours d'eau, commises pareillement dans l'année, et de toutes autres actions possessoires;

3° Des réparations locatives (V. C. C., art. 1754 et 2102);

4° Des indemnités prétendues par le fermier ou locataire, pour non-jouissance, lorsque le droit ne sera pas contesté; et des dégradations alléguées par le propriétaire (1).

Tarif, art. 21. — Loi du 26 oct., tit. 1er, art. 4, et *infrà*, art 23. 50 n° 1, et 59. — Loi des 16-24 août 1790, art. 10. — Loi du 25 mai 1838, art. 2. — [Notre Dict. gén. de proc., v° *Juge de paix*, n° 82. — Arm. Dalloz, v° *Comp. civile*, n°s 450 à 452. — Carré, *Comp.*, 2e part., liv. II, tit. 2, art 244, n° CLIII, ed. in-8°, t. 3, p. 402. — Carré, *Justices de paix*, t. 2, p. 156 à 556, n°s 1305 à 1758, et t. 4, p. 16, n°s 2660 et 2661. — Locré, t. 21, p. 559. — QUESTIONS TRAITÉES : Devant quel juge de paix doit être portée l'action pour salaire aux ouvriers et gens de travail, et celle pour injures verbales dont l'art. 10 de la loi du 24 août 1790 attribue en outre la connaissance aux juges de paix? *Q. 8 quater.* — Devant

---

(1) Le principe qu'en toutes les matières détaillées en l'art. 3, la citation sera donnée devant le juge de la situation de l'objet litigieux, étant posé, on sent qu'il ne peut s'élever sur son application que des questions de compétence. Un grand nombre ont été traitées par M. Henrion de Pansey, dans son *Traité de la Compétence des juges de paix*, chap. 21, 24, 25, 26, 29, 30 et 31. Il convient d'y joindre le *Traité des Servitudes*, de M. Pardessus, n° 322 et suiv. *V.* aussi notre *Traité des Lois d'organisation et de compétence*, liv. 3, tit. 2, sect. 1re, art. 315.

quel juge doivent être portées l'action entre les voyageurs d'une part, les hôteliers, les voituriers et les carrossiers de l'autre, à raison des contestations dont la connaissance est attribuée aux juges de paix par l'art. 2 de la loi du 25 mai 1838? *Q.* 8 *quinquies.*—Lorsque le terrain litigieux se trouve situé dans le ressort de deux justices de paix, le demandeur peut-il assigner le défendeur, à son choix, devant le juge de paix qu'il croira convenable, comme en matière personnelle? *Q.* 8 *sexies.*]

V. *infrà*, p. 17. Q. 8 *octies.*

III. Ces diverses dispositions établissent autant d'exceptions à la maxime rappelée sur le précédent article, et, comme lui, elles ont elles-mêmes pour motif l'intérêt des parties.

Les affaires dont il s'agit peuvent en effet exiger, de la part du juge, des connaissances locales, ou qu'il vérifie la situation de l'objet litigieux, afin de décider plus équitablement. Or, les parties seraient évidemment exposées à des frais plus considérables, si la loi leur donnait pour juge celui du domicile de l'une d'elles.

[[Néanmoins, la disposition du § 2 n'est pas une exception à celle de l'article précédent, puisqu'elle s'applique à des actions qui ne sont ni purement personnelles ni mobilières.]]

[[§ quater. *Devant quel juge de paix doivent être portées l'action pour salaires aux ouvriers, aux gens de travail, et celle pour injures verbales, dont l'art.* 10 *de la loi du* 24 *août* 1790 *attribue en outre la connaissance aux juges de paix.*

La réponse nous paraît résulter bien clairement de la combinaison des art. 2 et 3. Si l'art. 2 attribue au juge de paix du domicile du défendeur toutes les affaires purement personnelles ou mobilières, cette règle devra être suivie toutes les fois qu'on ne se trouvera pas dans l'une des exceptions signalées par l'art. 3.

Or les actions qui font l'objet de la question actuelle sont purement personnelles; l'art. 3 n'en fait pas mention; elles rentrent donc incontestablement dans la disposition générale de l'art. 2.

C'est en vain que M. LEPAGE, p. 64, et M. THOMINE-DESMAZURES, t. 1, p. 53, parlent des avantages qu'il y aurait à pouvoir saisir de préférence le juge de paix du lieu où les ouvrages ont été faits, où les injures ont été proférées, à cause des enquêtes et des appréciations qui peuvent devenir nécessaires; ces considérations ne peuvent résister au texte clair et formel de la loi, et il est impossible de ne pas reconnaître que le juge du domicile du défendeur sera seul compétent dans les deux cas dont il s'agit. C'est au reste l'avis de MM. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 6, et BOITARD, t. 2, p. 386.]]

[[§ quinquies. *Devant quel juge doit être portée l'action entre les voyageurs d'une part, les hôteliers, les voituriers et les carrossiers de l'autre, à raison des contestations dont la connaissance est attribuée au juge de paix par l'art.* 2 *de la loi du* 25 *mai* 1838?

Il semblerait convenable que le jugement des difficultés qui peuvent survenir entre ces sortes de personnes fût attribué au juge de paix du lieu où elles prennent naissance. Si le législateur, en saisissant les juges de paix de semblables contestations, s'est montré favorable aux voyageurs qui obtiennent ainsi prompte justice, n'aurait-il pas dû, par une juste compensation, accorder aux hôteliers, voituriers, carrossiers, la faculté de citer les voyageurs devant le juge du lieu où ils se trouvent momentanément, faculté sans laquelle ils sont exposés à perdre leur créance, ignorant le plus souvent le domicile du voyageur, qui passe et qui s'échappe, ou bien forcés, par l'énorme distance qui les sépare de ce domicile, de renoncer à une poursuite incertaine et coûteuse?

Mais encore ici les considérations doivent céder à la volonté bien manifeste

du législateur. Il résulte évidemment de la discussion qui a eu lieu sur cet art. 2, qu'on n'a nullement entendu apporter aucune modification aux règles de la compétence, à raison du domicile; on peut voir l'analyse fort exacte de cette discussion dans le *Traité* de M. BENECH, p. 73 à 76. C'est aussi l'avis de MM. CURASSON, t. 1, p. 223, n° 2, et VICTOR FOUCHER, n° 56.

Déjà, M. FAVARD DE LANGLADE, proclamait ce principe, t. 1, p. 498, avant que la compétence eût été élargie.]]

[[8 sexies *Lorsque le terrain litigieux se trouve situé dans le ressort de deux justices de paix, le demandeur peut-il assigner le défendeur, à son choix, devant le juge de paix qu'il croira convenable, comme en matière personnelle?*

Telle est la question que M. Carré a résolue affirmativement, avec raison, selon nous, dans une consultation inédite, du 15 mars 1823. Il s'est fondé sur ce que, « l'art. 59 disposant qu'en matière personnelle, lorsqu'il y a « plusieurs défendeurs, l'assignation sera donnée au domicile de l'un, au « choix du demandeur, les héritiers D.... pouvaient, par induction, soutenir « que dès là que l'objet litigieux était situé sous le ressort de deux justices de « paix différentes, ils avaient pu valablement appeler les défendeurs devant « l'un deux, en consommant l'option qui leur eût été déférée s'il se fût agi « d'une action personnelle; que cet ajournement est d'autant plus admis- « sible que le demandeur peut alléguer qu'il n'a agi de la sorte que pour « éviter les frais onéreux d'une double enquête. »]]

Supp. alph., v° *Citation en justice de paix*, n. 24 à 26. *Quel est l'objet litigieux dont la situation détermine la compétence. — Quels sont les propriétaires que le demandeur en bornage doit mettre en cause?*

ART. 4. La citation sera notifiée par l'huissier de la justice de paix du domicile du défendeur; en cas d'empêchement, par celui qui sera commis par le juge. Copie en sera laissée à la partie. S'il ne se trouve personne en son domicile, la copie sera laissée au maire ou adjoint de la commune, qui visera l'original sans frais.

L'huissier de la justice de paix ne pourra instrumenter pour ses parents en ligne directe, ni pour ses frères, sœurs et alliés au même degré.

T. 21.—[Notre comm. du Tarif, t. 1, p. 2, n°s 3 et 4.] Loi du 26 octobre, tit. 1er, art. 5, *infrà*, art. 52, 66, 68, 72. — [Loi du 25 mai 1838, art. 16. — Notre Dict. gén. de proc., v°s *Juges de paix*, n° 85, — Carré, *Comp*, 2e part., liv. 1er, tit. 3, chap. 4, art. 153 à la note, éd. in-8°, t. 3, p. 9, 2e part., liv. 1er, tit. 3, chap. 4, art. 182, éd. in-8°, t. 3, p. 66; et 2e part. liv. III, tit. 3, chap. 2, *Q.* 464, éd. in-8°, t. 6, p. 430. — Carré, *Justices de paix*, t. 1er, p. 272, n° 376, p. 276 à 280, n°s 382 et 383, p. 289 à 291, n° 399 à 414. — Locré, t. 21, p. 178, 403, 521 et 556.— QUESTIONS TRAITÉES : La citation, signifiée par un autre huissier que celui qui est attaché à la justice de paix du défendeur, est-elle valable? *Q.* 9.—Dans une ville où il y a plusieurs justices de paix, les huissiers qui y résident peuvent-ils exercer concurremment devant toutes les justices? *Q.* 9 *bis*.— La cédule, dans les cas où elle est requise, ne peut-elle pas être signifiée par tout huissier? *Q.* 10.—Le juge de paix pourrait-il commettre un huissier de première instance d'un autre arrondissement que celui duquel ressortit la justice de paix du défendeur? *Q.* 11.—Est-ce le juge de paix compétent pour prononcer définitivement sur la contestation ou celui dans le ressort duquel la citation sera donnée, qui doit commettre un huissier en remplacement de l'huissier empêché? *Q.* 12. — La commission de l'huissier doit-elle être donnée par écrit? *Q.* 13.—La citation peut-elle être remise à la personne de l'assigné trouvé hors du lieu de son domicile? *Q.* 14. —Si l'huissier ne trouve personne au domicile, est-il obligé de présenter la copie à un voisin avant de la remettre au maire? *Q* 15. — En cas d'absence du maire ou de l'adjoint ou de refus de leur part de viser l'original, que doit faire l'huissier? *Q.* 16]

V. *infrà*, p. 21, *Q.* 16 *bis*.

IV. L'obligation de faire notifier la citation par l'huissier de la justice de paix du défendeur, ou par un huissier commis, a été substituée, comme un moyen pour ainsi dire infaillible de s'assurer de la réalité de cette notification, à celle que prescrivait la loi de 1790, d'obtenir une *cédule* du juge de paix; et, par la même considération, il a été prescrit de laisser la copie au maire et

à l'adjoint, au lieu de l'affiche que la même loi prescrivait d'apposer à la porte du défendeur, lorsque l'huissier ne trouvait personne au domicile de celui-ci. La défense faite à l'huissier d'instrumenter, *pour ses parents*, etc., est encore une précaution nouvelle, prise afin que cet officier ministériel ne puisse être tenté de servir une partie au préjudice de l'autre; mais cette prohibition, fixée par la loi, ne peut recevoir d'extension à un degré plus éloigné (1).

[[La première disposition de notre article devait autrefois être interprétée par l'art. 28 du décret du 14 juin 1813, qui n'attribuait le droit d'exploiter devant la justice de paix qu'aux seuls huissiers désignés par le juge pour faire le service de son tribunal; mais cette disposition législative a été complétement abrogée par l'art. 16 de la loi du 25 mai 1838, ainsi conçu: « Tous les « huissiers d'un même canton auront le droit de donner toutes les citations « et de faire tous les actes devant la justice de paix. Dans les villes où il y a « plusieurs justices de paix, les huissiers exploitent concurremment dans le « ressort de la juridiction assignée à leur résidence. Tous les huissiers du « même canton seront tenus de faire le service des audiences et d'assister les « juges de paix toutes les fois qu'ils en seront requis; les juges de paix choi- « siront leurs huissiers audienciers. »

Ainsi la concurrence, depuis longtemps réclamée, a été enfin établie entre tous les huissiers; les justiciables ne sont plus contraints de s'adresser exclusivement à un officier ministériel qui peut n'avoir pas leur confiance, et quand l'art. 4 du Cod. de proc. civ. s'exprime ainsi : *la citation sera notifiée par l'huissier de la justice de paix du domicile du défendeur*, il faut entendre par l'un des huissiers qui résident dans le canton du défendeur. (*V.* le titre de l'ouvrage de M. Benech sur les huissiers, p. 421; cet estimable auteur a analysé toutes les discussions et en a tiré les conséquences les plus nettes.)

Il s'ensuit nécessairement que les cinq premières questions posées par M. Carré auront à l'avenir une application bien plus rare, il n'est cependant pas impossible qu'elles se représentent encore.]]

9. *La citation, signifiée par un autre huissier que celui qui est attaché à la justice de paix du défendeur, est-elle valable?*

La Cour royale de Rennes a résolu négativement cette question par deux arrêts, l'un du 2 septembre 1808, l'autre du 16 août 1811 (*J. Av.*, t. 14, p. 547), attendu qu'il est de principe que l'incompétence d'un officier ministériel emporte toujours la nullité de ses actes; mais un troisième arrêt de la même Cour, rendu le 14 juillet 1813 (*V. Journ.* des arrêts de Rennes, t. 4, et *J. Av.*, t. 14, p. 547), a décidé d'une manière tout opposée, par la raison que l'art. 1030 interdit au juge d'admettre une nullité que le Code de procédure ne prononce pas. Ainsi pensent les auteurs du *Praticien français*, t. 1, p. 121. Ces trois arrêts ont été rendus au sujet d'une citation en conciliation; mais l'art. 52 étant conçu dans les mêmes termes que l'art. 4, leur décision serait également applicable à la citation donnée en justice de paix à fin de jugement.

Nous tenons à celle qui a été donnée par les deux premiers arrêts, parce

---

(1) L'art. 736 du Code civil fait suffisamment connaître quels sont les parents en ligne directe; il distingue cette ligne en descendante et ascendante. La première est celle qui lie le chef de famille avec ceux qui descendent de lui; la seconde, celle qui lie une personne avec ceux dont elle descend. Quant à l'*alliance*, c'est l'union que le mariage produit entre l'un des conjoints et les parents de l'autre seulement, et non pas entre les parents des deux conjoints, suivant la maxime, *affinitas non parit affinitatem*.

qu'il nous semble que, soit d'après l'art. 27 de la loi du 19 vendémiaire an 4, soit d'après l'art. 4 lui-même, tout autre huissier que celui de la justice de paix du défendeur est sans qualité pour notifier une citation (1).

[[MM. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 11, et THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 54 et 55, se prononcent contre la nullité. C'est aussi l'opinion que nous adoptons, et qu'a consacrée un arrêt de la Cour de cass., du 24 frim. an 11 (*J. Av.*, t. 14, p. 547). Néanmoins, le 9 juillet 1831 (*J. Av.*, t. 42, p. 177), la Cour de cass. de Bruxelles a, par un arrêt longuement motivé, décidé que les actes attribués aux huissiers des justices de paix sont nuls s'ils sont faits par des huissiers ordinaires.

La question peut encore se présenter à l'égard de deux huissiers résidant en divers cantons. Nous pensons qu'elle devrait recevoir la même solution, et que l'amende de six francs, prononcée par la loi du 27 mars 1790 contre l'huissier qui aurait fait un acte de la justice de paix dans un canton étranger à sa résidence, est la seule sanction que la loi ait voulu apposer à sa disposition ; en effet, tous les huissiers d'un même arrondissement ont qualité en principe pour exercer dans tout cet arrondissement. Si, par mesure disciplinaire, on a cru devoir restreindre à certains d'entre eux le droit de faire des actes devant chaque justice de paix, l'infraction à cette mesure ne peut aussi être punie que de peines disciplinaires, et les parties ne doivent pas en souffrir.

Au reste, la discussion aux Chambres de l'art. 16 de la loi du 25 mai 1838 a clairement manifesté cette entente de la loi de la part des législateurs, on peut voir cette discussion résumée dans le traité de M. BENECH, p. 441 et suiv. Cet auteur et M. VICTOR FOUCHER, p. 462, n° 466, en tirent la même conséquence que nous. On ne peut pas appliquer ici notre doctrine de la question 644.]]

[[**9** bis. *Dans une ville où il y a plusieurs justices de paix, les huissiers qui y résident peuvent-ils exercer concurremment devant toutes ces justices ?*

Il semblerait que la rédaction de l'art. 16 de la loi du 25 mai 1838, rapporté dans nos observations sous le n° IV, ne dût pas permettre de poser cette question ; car il limite le droit des huissiers à la justice de paix du quartier dans lequel ils ont établi leur résidence, et l'on sait qu'aux termes du décret du 14 juin 1813, ce quartier doit leur être assigné par le tribunal d'arrondissement où ils ont été reçus.

Cependant une circulaire de M. le garde des sceaux, du 6 juin 1838, relative à l'exécution de la loi précitée, résout formellement la question dans le sens affirmatif.

Cette solution est contraire non-seulement au texte précis, mais encore et plus ouvertement à l'esprit de la loi, que M. BENECH, p. 429 et suiv., fait ressortir de la discussion, avec sa clarté et sa justesse ordinaires.]] **Supp. alph.**, n. 29.

---

(1) Telle est aussi l'opinion de M. Merlin, dans ses *Questions de droit*, au mot *huissier de justice de paix*, 2e édit., § 2, et dans son nouveau *Répertoire*, au mot *huissier*, § 8, t. 1, p. 766 ; de MM. Delaporte, dans son *Commentaire* sur le Code de procédure civile, t. 1, p. 16 ; Thomine Desmazures, dans son *Traité de la procédure civile*, p. 35, et Levasseur, dans son *Manuel des justices de paix*, p. 21, n. 36.

Quoi qu'il en soit, un arrêt de la Cour de cassation, du 6 juill. 1814, a implicitement décidé le contraire, en déclarant que l'exploit d'opposition à un jugement par défaut n'était pas nul, quoiqu'il eût été notifié par un autre huissier que celui du juge de paix qui avait rendu le jugement, attendu que l'art. 20 ne prononce pas la nullité. Or, on ne peut contester que la même raison de décider s'appliquerait dans l'espèce de l'art. 4. *V. S.*, t. 15, 1re part., p. 41, et *J. Av.*, t. 8, p. 317, n° 7 et la question suivante.

[Mais, comme le fait observer M. Coffinieres (*J. Av.* t. 8, p. 317), cet arrêt ne juge rien, car il s'agissait de la signification de l'opposition, et l'art. 20 ne parle nullement de l'huissier qui devra la notifier.]

10. *La cédule, dans les cas où elle est requise, ne peut-elle pas être signifiée par tout huissier?*

Par suite de l'opinion particulière que nous avons émise sur la 9e *Question*, nous voudrions résoudre celle-ci négativement, si, d'après l'arrêt du 6 juillet 1814, ci-dessus rapporté en note, il n'était pas probable que l'on appliquerait à l'art. 4 le même motif de décision.

[[Déjà, sous l'empire de la loi de 1790, la Cour de Bruxelles avait résolu affirmativement la question, par arrêt du 25 prairial an 12 (*J. P.*, 3e édit., t. 4, p. 49.)]]

11. *Le juge de paix pourrait-il commettre un huissier de première instance d'un autre arrondissement que celui duquel ressortit la justice de paix du défendeur?*

Non, dit M. DEMIAU, p. 16; car il n'est pas au pouvoir du juge d'étendre le mandat des huissiers qui est déterminé par la loi au territoire du tribunal pour lequel ils sont nommés.

[[Cela est évident.]]

12. *Est-ce le juge de paix compétent pour prononcer définitivement sur la contestation, ou celui dans le ressort duquel la citation sera donnée, qui doit commettre un huissier en remplacement de l'huissier empêché?*

C'est ce dernier juge, parce que le premier est censé ne pas connaître les noms et les qualités des huissiers des autres ressorts. Il est d'ailleurs assez naturel de penser qu'il n'y a que lui qui doive conférer le droit d'exploiter dans le ressort de sa justice. (*Quest.* de LEPAGE, p. 68 et 69; LEVASSEUR, p. 74, n° 77.)

[[C'est ce qu'a jugé avec raison la Cour de cassation de Bruxelles, le 9 juillet 1831 (*J. Av.*, t. 42, p. 177.)]]

13. *La commission de l'huissier doit-elle être donnée par écrit?*

M. DEMIAU, p. 16, dit que, si la citation est pour comparaître devant le même juge qui donne la commission, il suffit qu'elle soit verbale, parce qu'il lui est facile de se rappeler qu'il l'a donnée; mais que, s'il faut comparaître dans une autre juridiction, il faut que le juge soit assuré, par l'acte même, que l'huissier qui a fait cette notification, y a été autorisé: autrement, on pourrait se jouer impunément de la prohibition de la loi. Nous verrions le même inconvénient dans le premier cas prévu par M. Demiau; car il dépendrait du juge de déclarer avoir donné commission, lorsqu'il ne l'aurait pas fait, et conséquemment de priver la partie du droit de contester la compétence de l'huissier. Nous concluons en conséquence qu'il est prudent de donner, dans tous les cas, la commission par écrit. La citation signifiée doit en effet porter en elle-même la preuve qu'elle est faite par un huissier compétent.

[[M. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 12, partage cet avis, puisqu'il indique la forme de la cédule. C'est aussi le nôtre.]]

14. *La citation peut-elle être remise à la personne de l'assigné trouvé hors du lieu de son domicile?*

Oui; c'est même le premier vœu de la loi, puisque le défendeur ne peut

être mieux averti de la citation que quand il la reçoit lui-même. (Arg. de l'art. 68; *Quest.* de LEPAGE, p. 68 et 69; LEVASSEUR, p. 47.)

[[Cela est incontestable.]]

15. *Si l'huissier ne trouve personne au domicile, est-il obligé de présenter la copie à un voisin, avant de la remettre au maire?*

Non, attendu que l'art. 4 ne l'exige pas, comme le fait l'art. 68, à l'égard des ajournements.

[[Nous approuvons cette solution, qui est aussi adoptée par M. PIGEAU *Comm.*, t. 1, p. 13.]]

16. *En cas d'absence du maire ou de l'adjoint, ou du refus de leur part de viser l'original, que doit faire l'huissier?*

Nous estimons que, dans le premier cas, il doit remettre la copie au plus ancien membre du conseil municipal, ainsi qu'il a été décidé le 6 juillet 1810 par le ministre de la justice, sur l'art. 676 du Code de procédure; mais nous pensons que, dans le second cas, l'huissier doit la remettre au procureur du roi, en constatant le refus du visa de la part du maire ou de l'adjoint, et nous fondons cette décision sur l'art. 1039.

[[Voir la *Quest.* 368 *bis*, sous l'art. 68.]]

Mais nous ne croyons pas que ces fonctionnaires, en raison d'un tel refus, soient assujettis aux peines prononcées par cet article, qui ne peut s'appliquer, suivant nous, qu'au cas où l'exploit s'adresserait aux personnes publiques chargées, en leur qualité, de représenter une commune ou une administration. (*Praticien*, t. 1, p. 122 et suiv.)

[[Nul doute sur la justesse de cette observation.]]

Supp., p. 6. Quid *d'une signification par un huissier à la requête de son oncle?* Q. 16 *bis*.

ART. 5. Il y aura un jour au moins entre celui de la citation et le jour indiqué pour la *comparution*, si la partie citée est domiciliée dans la distance de *trois myriamètres*.

Si elle est domiciliée au-delà de cette distance, il sera ajouté un jour par trois myriamètres.

Dans le cas où les *délais* n'auront point été observés, si le défendeur ne comparaît pas, le juge ordonnera qu'il sera réassigné, et les frais de la première citation seront à la charge du demandeur.

[Notre Comm. du Tarif, t. 1, p. 6, nos 15 et 16.] — Loi du 26 octobre 1790, tit. 1er, art. 7. — *Infrà*, 19, 72, 1033.—[Notre Dict. géo. de proc., vo *Exploit*, no 349.—Arm. Dalloz, *eod.*, nos 838, 839. — Carré, *Justices de paix*, t. 4, p. 26 à 31, nos 2675 à 2686. — Locré, t. 21, p. 378. — QUESTIONS TRAITÉES : La citation peut-elle être donnée à un délai plus long que celui qu'a fixé l'art. 5? *Q.* 17. — Qu'arrive-t-il si la citation est donnée à un délai trop court? *Q.* 18.— Lorsque la copie a été remise au défendeur en parlant à sa personne, dans le lieu même où siége le juge de paix, faut-il augmenter le délai ordinaire en raison de l'éloignement de son domicile, conformément à l'art. 1033? *Q.* 19.—La distance dont il s'agit en l'art. 5 est-elle toujours celle qui se trouve entre le domicile du défendeur et le lieu où se tient ordinairement l'audience du juge de paix? *Q.* 20.—Comment se règle l'augmentation de délai prescrite par l'art. 5, lorsque la distance est de quatre à cinq ou de dix à onze myriamètres; aura-t-on égard à la fraction, en sorte que l'on accorderait pour quatre à cinq myriamètres, deux jours, comme s'il y en avait six; pour dix à onze, quatre jours, comme s'il y en avait douze? *Q.* 21.]

V. Toute personne appelée en justice doit avoir le temps nécessaire non-seulement pour comparaître, mais encore pour se mettre en mesure de répondre à la demande.

Ce temps est réglé tout à la fois, et sur la distance de son domicile du lieu où siége le tribunal, et sur l'importance de l'affaire: aussi, les délais varient-ils suivant les différentes espèces de juridiction. En justice de paix, où il ne

s'agit que d'intérêts modiques qui ne supposent point le besoin de rechercher, d'examiner ou d'interpréter des titres, le législateur n'accorde que le plus bref délai; mais, suivant la règle générale portée en l'art. 1033, ce délai est *franc*, c'est-à-dire que le jour de la notification, de la citation et celui de la comparution ne comptent point, et il doit être augmenté d'un jour à raison de trois myriamètres ou six lieues anciennes de distance.

17. *La citation peut-elle être donnée à un délai plus long que celui qu'a fixé l'art.* 5?

La brièveté de ce délai est toute en faveur du demandeur. Il peut donc, sans permission du juge, citer à un délai plus long. C'est ce qu'expriment ces termes, il y aura un jour AU MOINS, et ce qu'a jugé la Cour de Rennes, par arrêt du 14 juillet 1813. (*Journ.* des arrêts de cette Cour, t. 4, p. 123, et *J. Av.*, t. 14, p. 547; et nos *Quest.* sur l'art. 61, § 6.)

[[C'est aussi ce que pense, avec raison, M. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 14.]]

18. *Qu'arrive-t-il si la citation est donnée à un délai trop court?*

La loi dit formellement que si, dans cette circonstance, la partie citée fait défaut, le juge doit ordonner qu'elle sera réassignée : *il ne doit donc prononcer contre elle aucune condamnation.* Alors, ajoute l'article, les frais de la première assignation demeurent à la charge du demandeur, mais bien entendu *sauf le recours de celui-ci contre l'huissier*, s'il y a lieu, aux termes de l'art. 1031.

Remarquons en outre que si le défendeur, quoique cité à des délais trop courts, se présentait aux jour et heure fixés par la citation, dès lors le défaut d'observation du délai serait couvert, et la citation validée, puisqu'il y aurait renonciation tacite à l'exception (*Arg.* de l'art. 173), sauf toutefois la remise de la cause, s'il y avait de justes motifs de l'accorder, sur la demande du défendeur.

[[*V.*, dans le même sens, que nous adoptons aussi, M. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 14 et 15. Le texte formel du 3e § de l'article ne nous permet pas d'appliquer à ce cas notre doctrine de la *Quest.* 739 *bis*, § 7.]]

19. *Lorsque la copie a été remise au défendeur en parlant a sa personne, dans le lieu même où siége le juge de paix, faut-il augmenter le délai ordinaire en raison de l'éloignement de son domicile, conformément à l'art.* 1033?

Oui, parce que l'art. 1033 ne distingue point, et cela est juste; car le défendeur peut être obligé de retourner à sa demeure avant la comparution, ou se trouver dans la nécessité de demander des pièces ou des renseignements qui lui seraient nécessaires. (V. *Biblioth. du barr.*, 1810, 1re part., p. 215; LEVASSEUR, p. 49, et l'exception résultant de l'art. 74, *Quest.* 379.)

[[Nous approuvons cette solution.]]

20. *La distance dont il s'agit en l'art.* 5 *est-elle toujours celle qui se trouve entre le domicile du défendeur et le lieu où se tient ordinairement l'audience du juge de paix?*

Elle est toujours celle qui se trouve entre le domicile du défendeur et le lieu de la comparution. Ainsi, dans les occasions où la personne serait citée à comparaître sur le lieu contentieux, la distance serait celle qui se trouverait entre ce lieu et celui de son domicile (LEVASSEUR, p. 48, n° 82).

[[Cette opinion ne nous paraît pas moins juste.]]

51. *Comment se règle l'augmentation de délai prescrite par l'art. 5, lorsque la distance est de quatre à cinq, ou de dix à onze myriamètres? Aura-t-on égard à la fraction, en sorte que l'on accorderait, pour quatre à cinq myriamètres, deux jours, comme s'il y en avait six; pour dix à onze, quatre jours, comme s'il y en avait douze?*

« Non, disent M. DUMOULIN (*Biblioth. du barr.*, 1810, 1re part., p. 215), et les « auteurs du *Prat.*, t. 1, p. 130); car il faut qu'il y ait trois myriamètres de « distance pour qu'il se fasse une augmentation d'un jour; de sorte qu'il n'y « aurait lieu à aucune augmentation, si la distance était moindre de trois « myriamètres. Or, il doit en être de même, lorsqu'à une distance de trois « myriamètres se réunit une fraction plus ou moins forte. Les fractions excé- « dant trois myriamètres ne seraient ainsi d'aucune considération pour l'aug- « mentation de délai. »

M. LEPAGE, dans ses *Questions*, p. 50 et 69; PIGEAU, t. 2, p. 55, sont d'un sentiment contraire; et, comme eux, nous pensons que la question doit être résolue pour l'affirmative. En effet, l'intention de la loi est évidemment de donner à la partie à laquelle un acte est signifié, tout le temps nécessaire pour parcourir la distance qui la sépare du lieu où elle doit comparaître. Or, dès que la loi a prononcé qu'il fallait à cette partie un jour pour parcourir trois myriamètres, elle présume, d'un autre côté, que celle-ci ne peut faire dans un jour plus de trois myriamètres, et par conséquent elle a entendu accorder cette augmentation de délai, même pour le cas où la distance n'est pas complète.

C'est en ce sens que M. PIGEAU, t. 2, p. 55, a fait l'application de l'article 1033, en accordant cinq jours pour quatorze myriamètres, comme s'il y en avait quinze.

Nous convenons que l'opinion contraire peut être fondée sur le texte de cet article pris dans la rigueur des termes, et que l'on peut argumenter d'un sénatus-consulte du 13 brumaire an 13 (V. *Bulletin des lois*, 4e série, t. 1, p. 110), qui décide implicitement que les fractions de dix à vingt myriamètres, ou de vingt à trente, ne doivent pas être comptées dans la progression du délai à l'expiration duquel les lois sont exécutoires, conformément à l'article 1er du Code civil; mais on remarquera que les termes de cet article diffèrent de ceux dans lesquels l'art. 1033 est conçu.

On lit, dans le premier, que le délai sera augmenté d'autant de jours qu'il y a de fois dix myriamètres : d'où l'on peut conclure qu'il faut nécessairement qu'il y ait un nombre complet de dix myriamètres, pour qu'il y ait lieu à l'augmentation.

L'art. 1033 n'est pas aussi positif; il porte seulement que le délai sera augmenté d'un jour à *raison* de trois myriamètres. C'est bien dire que ces trois myriamètres seront la base de l'augmentation; mais ce n'est pas formellement exprimer qu'il faudra nécessairement trois myriamètres pour qu'elle ait lieu. Il suffit donc qu'une distance excède trois myriamètres, pour que l'on accorde un autre jour pour l'excédant.

[[Nous partageons l'avis de M. Carré avec MM. THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 57, et PARDESSUS, t. 2, p. 513; il a été consacré par un arrêt de la Cour de Bordeaux du 5 juillet 1825 (*J. Av.*, t. 30, p. 115); néanmoins M. FAVARD de LANGLADE, t. 1, p. 145 et 495 est d'une opinion différente.]]

ART. 6. Dans les cas urgents, le juge donnera une *cédule*, pour abréger les délais, et pourra permettre de citer, même dans le jour et à l'heure indiqués.

Tarif 7.—[Notre Comm. du Tarif, t. 1, p. 6 à 7, nos 18 à 22.]—Loi du 26 octob. 1790, tit. 1er, art. 8 *Infrà*, 43, 72, 195.—[Notre Dict. gén. de proc., vo *Exploit*, no 363.—Arm. Dalloz, *eod.*, nos 840 à 847 —Carré, *Comp.*, 2e part., liv. 1er, tit. 3, chap. 4, art. 153 à la note, éd. in 8o, t. 3, p. 9.—Carré, *Justice de paix*, t. 4, p. 29 à 31. nos 2683 à 2686. — QUESTIONS TRAITÉES: Est-ce le juge de paix qui est compétent pour connaître de la contestation, ou celui dans le ressort duquel la citation est donnée qui doit délivrer la cédule pour abréger les délais? *Q.* 22.—Le juge de paix est-il obligé d'écrire lui-même les cédules en abréviations de délai? *Q.* 23. — La cédule délivrée par le juge de paix pour appeler à bref délai un individu alors existant, ou dont la survenance du décès n'est pas encore connue, est-elle valablement notifiée à ses héritiers? *Q.* 24.—La citation à bref délai en vertu de cédule doit-elle être donnée pour comparaître au lieu ordinaire des audiences? *Q.* 24 *bis*. — Le jugement à intervenir sur la citation à bref délai peut-il être rendu avant l'enregistrement de l'exploit? *Q.* 25.]

V. *infrà*, p. 25, Q. 24 *ter*.

VI. En toute affaire, quel que soit le juge auquel la loi en ait attribué la connaissance, il peut arriver que la nécessité d'obtenir une décision soit tellement *pressante*, qu'il fût impossible au demandeur d'attendre l'expiration des delais légaux, sans risquer de perdre ou son droit, ou la sûreté qui lui en assurerait l'exercice. Dans ces cas urgents, le magistrat a toujours été autorisé à donner une abréviation de délai. Ainsi, le juge de paix, sur l'exposé qui lui est fait par le demandeur, peut accorder une *cédule* (1) à cet effet, et permettre de citer dans le jour et à l'heure indiqués, et sur-le-champ même, lorsqu'il estime que l'urgence ne permet aucun retard (2).

22. *Est-ce le juge de paix compétent pour connaître de la contestation, ou celui dans le ressort duquel la citation est donnée, qui doit délivrer la cédule pour abréger les délais ?*

C'est le premier, parce que les motifs de la demande en abréviation de délai dépendent de la nature de la contestation dont il devra connaître. (V. *Questions* de LEPAGE, p. 70; *Bibliothèque du barreau*, 1810, 1re part., p. 216.)

[[Point de difficulté.]]

23. *Le juge de paix est-il obligé d'écrire lui-même les cédules en abreviation de délai?*

Aucune loi ne lui impose cette obligation; il n'est astreint qu'à signer, et peu importe qu'une cédule soit écrite par lui, par le greffier, par la partie même, ou d'une main quelconque, pourvu qu'elle remplisse l'objet pour lequel la loi exige qu'elle soit donnée. (GUICHARD, p. 136, no 8.)

[[Cette décision nous paraît exacte.]]

24. *La cédule délivrée par le juge de paix, pour appeler à bref délai un individu alors existant, ou dont le décès n'est pas encore connu, est-elle valablement notifiée à ses héritiers?*

Cette question s'est élevée dans l'espèce d'une cédule délivrée sous l'empire des lois intermédiaires, pour appeler en conciliation.

---

(1) Une cédule est un acte délivré par le juge de paix, non-seulement dans le cas de l'art. 6, pour appeler une partie *à bref délai*, mais encore pour ordonner l'exécution d'un préparatoire urgent, d'un interlocutoire, ou, enfin, pour faire d'office quelques nominations. Elle doit contenir tout ce que doit renfermer une citation, et principalement les motifs qui y donnent lieu; elle est faite au nom du juge qui, sur l'exposé du requérant, cite les parties, les experts, les témoins (art. 29), et ordonne ce qui convient pour les jours et heures fixés; enfin, cet acte, qui est une sorte d'ordonnance, est notifié aux personnes qu'il concerne par un exploit que dresse au pied, soit l'huissier du juge de paix, soit tout autre par lui commis.

(2) Il peut également, dans les cas d'urgence, autoriser la notification d'une citation, soit à une heure indue, soit à un jour de fête légale. (Art. 1037).

Elle ne pourrait se présenter aujourd'hui dans le même cas, puisqu'il n'est plus besoin de cédule pour citer devant un juge de paix ; mais il ne serait pas impossible qu'il devînt nécessaire de la résoudre dans le cas prévu par l'article 6, qui exige cédule, quand il y a lieu de citer à bref délai. Nous pensons qu'elle devrait être résolue pour l'affirmative, comme elle le fut par arrêt de la Cour de Paris, du 27 août 1807. (*J. Av.*, t. 13, p. 104.) La raison de décider, adoptée par cette Cour, serait la même ; c'est *qu'une permission de citer, donnée par un juge compétent, et contre un individu présumé vivant, s'applique de droit à ses héritiers.*

[[Nous embrassons sans hésitation cet avis.]]

[[24 bis. *La citation à bref délai, en vertu de cédule, doit-elle être donnée pour comparaître au lieu ordinaire des audiences?*

Non pas nécessairement, mais au lieu que le juge de paix croit devoir désigner à cause de l'urgence de l'affaire. C'est l'opinion de M. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 15 et 16.]]

Supp., p. 6. *La copie de la cédule n'est pas indispensable.* Q. 24 *ter.*

25. *Le jugement à intervenir sur citation à bref délai peut-il être rendu avant l'enregistrement de l'exploit?*

Oui; mais cet exploit doit [[néanmoins]] être soumis à l'enregistrement dans les quatre jours de sa date. (Déc. du min. des fin., du 13 juin 1809, *J. Av*, t. 16, p. 601.)

ART. 7. Les parties pourront toujours se présenter volontairement devant un juge de paix ; auquel cas il jugera leur différend, soit en dernier ressort, si les lois ou les parties l'y autorisent, soit à la charge de l'appel, encore qu'il ne fût le juge naturel des parties, ni à raison du domicile du défendeur, ni à raison de la situation de l'objet litigieux.

La déclaration des parties qui demanderont jugement sera signée par elles, ou mention sera faite si elles ne peuvent signer.

Tarif 11. — [Notre comm. du Tarif, t. 1, p. 7, n°s 23 à 27] — Loi du 26 oct. 1790, tit. 1er, art. 11. — [Notre Dictionn. général de proc., v^is *Acquiescement*, n° 67; *Arbitrage*, n° 101; *Enquête*, n° 63; *Juge de paix*, n°s 13 à 18, 83, 103, 104, 151.—Devilleneuve, v° *Prorogation de juridiction*, § 2.— Carré, *Comp.*, 2e part., liv. II, tit. 3, art. 259, éd. in-8°, t. 4, p. 80 ; art. 262, t. 4, p 89.—Carré, *Justices de paix*, t. 1, p. 119 à 165 n°s 210 à 247.—Locré, t 21, p. 379 et 557.—QUESTIONS TRAITÉES : Les parties peuvent-elles soumettre à un juge de paix une action personnelle qui excèderait le taux de sa compétence, même en premier ressort? Quelles sont les conséquences de cette prorogation de juridiction relativement à l'appel? *Q.* 26. — La prorogation de juridiction consentie par les parties, doit-elle être assimilée à un compromis et la décision du juge de paix à une sentence arbitrale? *Q.* 26 *bis.*—Si les parties, au lieu de remettre purement et simplement un compromis au juge de paix, le lui avaient présenté à son audience, en répétant leur consentement à être jugé par lui, sa décision devrait-elle être considérée comme arbitrale, ainsi qu'il est dit sur la précédente question? *Q.* 26 *ter.*—Si les parties comparaissent sur citation, et que l'exception d'incompétence ne soit pas opposée, sont-elles réputées avoir donné un consentement tacite suffisant pour opérer la prorogation? *Q.* 27. — Mais lorsqu'il y a eu prorogation de juridiction le juge peut-il conserver la connaissance de l'affaire, si, avant le jugement, l'une des parties qui a donné son consentement oppose l'exception d'incompétence? *Q.* 28 — Les parties peuvent-elles valablement s'adresser au suppléant de la justice de paix, pour en obtenir la décision de leur contestation, lorsque le juge n'est pas empêché? *Q.* 29.—Des tuteurs, des administrateurs peuvent-ils, sans citation préalable, se présenter devant un juge de paix, et, s'ils sont cités, peuvent-ils proroger la juridiction? *Q.* 30. — Un fondé de pouvoir peut-il signer la déclaration exigée par l'art. 7? *Q.* 31.—La partie citée, qui aurait donné à un tiers pouvoir de comparaître pour elle, et même de proroger la juridiction au-delà du taux de la compétence, sans toutefois lui accorder celui de renoncer à l'appel ou aux autres voies de droit de se pourvoir, serait-elle non recevable à se rendre appelante, parce que son procureur aurait renoncé à la voie d'appel, en signant la déclaration prescrite par l'art. 7? *Q.* 31 *bis.* — Lorsque les parties conviennent à l'audience de dispenser le juge d'observer une formalité d'instruction, est-il nécessaire que le procès-verbal soit signé d'elles, comme pour la prorogation de la juridiction? *Q.* 32. — Le juge de paix peut-il refuser de juger les parties qui se présentent vo-

lontairement devant lui? *Q.* 33. — La comparution volontaire et sans ajournement préalable devant les tribunaux ordinaires suffirait-elle pour y introduire valablement une instance? *Q*, 33, à la note. — Si, au lieu de constater que les parties ou l'une d'elles, n'ont pu signer leur déclaration, le juge constatait qu'elles n'ont pas *voulu* le faire, le jugement à intervenir serait-il également valable? *Q.* 33 *bis.*] (1)

V. *infrà*, p. 27. *Add.* sur l'ensemble de l'article.

VII. Si la comparution en justice de paix a presque toujours lieu en exécution d'une citation notifiée, un tel acte n'est pas néanmoins absolument nécessaire pour introduire l'action. Il devient inutile et frustratoire dès lors que les deux parties se présentent simultanément au juge, et lui attestent qu'elles consentent à lui soumettre leurs contestations; mais, en ce cas, il faut que le juge ou son greffier reçoive, sur-le-champ, et par écrit, cette déclaration, qui remplace en quelque sorte la citation, et dans laquelle, par conséquent, il convient d'insérer la date du jour où elle est reçue, les noms, professions et domiciles des deux parties, l'énonciation sommaire de l'objet et des moyens de la demande.

Ainsi constatée, la déclaration, aux termes de l'art. 7, couvre de droit l'incompétence *ratione personæ*, si elle existe; c'est-à-dire qu'elle rend le juge de paix compétent pour juger le différend, encore qu'il ne soit pas leur juge naturel. Bien plus : la disposition de la loi actuelle, plus étendue que ne l'était celle de l'article 11 de la loi de 1790, qui ne prévoyait point le cas où les parties consentiraient à être jugées *en dernier ressort*, les autorise à proroger (2), sous ce rapport, la juridiction du juge. On a pensé que, les affaires de la compétence du juge de paix étant peu considérables, et en général célères, il ne suffisait pas de donner aux parties la faculté de s'adresser au juge de paix en qui elles auraient plus de confiance, mais qu'il fallait encore, pour prévenir beaucoup d'appels, qu'elles fussent libres de renoncer à se pourvoir de la sorte.

[[Indépendamment de cette prorogation, que les auteurs nomment conventionnelle, il est une prorogation légale qui a lieu lorsque, par l'effet des demandes reconventionnelles du défendeur, l'objet sur lequel le juge de paix est appelé à prononcer vient à excéder le taux de sa compétence, soit en premier, soit en dernier ressort.

Les principes qui régissent cette prorogation, comme tous ceux qui servent à décider les questions de premier et dernier ressort, tiennent essentiellement aux règles de la compétence *ratione materiæ;* il n'entre donc pas dans notre sujet de les exposer. Les art. 7 et 8 de la loi du 25 mai 1838 ont fixé le dernier état de la législation sur les demandes reconventionnelles devant les justices

---

(1) **JURISPRUDENCE.**

[Nous pensons que :

1° Lorsque les parties prorogent la juridiction d'un juge de paix, l'acte de prorogation doit contenir, à peine de nullité du jugement à intervenir, la désignation de l'objet en litige. (Colmar, 13 août 1828, *S.*, t. 29, 2e part., p. 227.)

2° La juridiction du juge de paix est valablement prorogée par les parties, lorsque l'acte de prorogation porte qu'elles ont soumis à sa décision le différend existant entre elles au sujet d'une réclamation que le demandeur est intentionné de former ci-après contre le défendeur, et qu'elles ont immédiatement pris leurs conclusions respectives sur le différend relatif au remboursement d'un prêt fait par le demandeur au défendeur. (Cass., 2 août 1831, *J. Av.*, t. 41, p. 622.)

3° Lorsque les parties ont, dans la forme déterminée par l'art. 7, prorogé la juridiction d'un juge de paix qui n'était pas leur juge naturel, sa décision n'est susceptible d'aucune réformation. (Colmar, 6 fév. 1828, *J. Av.*, t. 36, p. 80.)]

(2) *V.*, sur la prorogation conventionnelle de juridiction, notre *Traité* des lois d'organisation et de compétence, liv. 2, tit. 3. art. 257.

le paix. On peut voir, sur cette importante matière, le *Traité de la Compétence* de M. HENRION DE PANSEY, ch. 8, p. 50 à 56; la dissertation de M. Victor Augier (*J. Av.*, t. 43, p. 466); nos observations (*J. Av.*, t. 43, p. 637), et, d'après la nouvelle loi, le *Traité* de M. BENECH, p. 306 à 353, M. CURASSON, t. 2, sur les art. 7 et 8 de cette loi, et M. VICTOR FOUCHER, p. 327 à 363, nos 332 à 369.

Quant aux questions de premier et dernier ressort en général, les divers articles de la loi du 25 mai 1838 contiennent les dispositions qui les régissent. On peut consulter les décisions rapportées dans notre *Dictionnaire général*, vo *Juge de paix*, nos 86 à 104; *Ressort*, nos 236, 260, 317; M. HENRION DE PANSEY, chap. 50, p. 444 à 453, et les *Commentaires* de MM. Benech et Victor Foucher, sur les articles précités.]]

Supp. alph., vo *Justice de paix*, n. 1 et suiv. *Sur l'ensemble des questions traitées sous cet article. Observations, doctrine et jurisprudence.*

263. *Les parties peuvent-elles soumettre à un juge de paix une action personnelle qui excéderait le taux de sa compétence, même en premier ressort? Quelles sont les conséquences de cette prorogation de juridiction, relativement à l'appel?*

Le juge de paix a principe de juridiction en matière personnelle et mobilière, et par conséquent sa juridiction est toujours prorogeable.

[[La question de savoir si la compétence du juge de paix peut être prorogée, par la volonté des parties, jusqu'à prononcer sur des demandes dont la valeur excède sa compétence en premier ressort, a été longtemps controversée, et n'est pas encore irrévocablement décidée.

Pour la négative, on peut dire que l'art. 7 du Code de procéd. civ. paraît n'avoir voulu introduire que trois exceptions aux règles ordinaires de la procédure devant les tribunaux de paix, 1° au lieu de ne comparaître qu'après la citation, les parties peuvent se présenter volontairement; 2° au lieu de comparaître par citation ou volontairement, devant le juge de paix du domicile du défendeur ou de la situation de l'objet litigieux (ce qui ne comprend de dérogation qu'à la compétence personnelle), elles peuvent demander jugement à tout autre juge de paix; 3° elles peuvent, en renonçant d'avance à la faculté d'appeler, élever jusqu'au dernier ressort une compétence que la nature ou la valeur de l'affaire restreignait au premier.

Mais aucune de ces exceptions ne déroge aux règles de la compétence *ratione materiæ;* c'est ce dont tous les auteurs sont d'accord : les parties ne pourraient donc, par aucune convention, ni par leur silence (Cass., 22 novembre 1830 (*J. Av.*, t. 41, p. 613)), proroger la compétence du juge de paix à l'égard de matières qui sont placées par la loi en dehors de sa juridiction, telles que les actions immobilières pétitoires, les questions d'état, etc..... M. DEMIAU-CROUZILHAC, p. 17 et 18, comme l'a dit M. Carré, est le seul qui n'adopte pas cette conséquence.

Or, la compétence à raison de la quotité n'est-elle pas de la même nature? n'a-t-elle pas pour principe l'intérêt public aussi bien que celle qui résulte de la nature de l'affaire? L'une et l'autre ne doivent-elles pas être comprises, par identité de motifs, dans la classe des incompétences *ratione materiæ?* Peu importe qu'il s'agisse d'une cause purement personnelle ou mobilière : elle n'est pas moins en dehors des pouvoirs du juge de paix à raison de la valeur qui en est l'objet.

A cela on répond que, relativement à ces sortes de demandes, le juge de paix a au moins le germe de la compétence; qu'il ne s'agit pour les parties que de développer ce germe, d'étendre les limites de cette compétence, ce que la loi a dû accorder bien plus facilement que la faculté d'en créer une nouvelle.

Ces motifs ont prévalu et déterminé, chez la plupart des jurisconsultes, la solution conforme à celle que donne M. Carré. Au nombre de ces auteurs, on

peut citer MM. HENRION DE PANSEY, p. 44 et suiv.; MERLIN, *Répert.*, t. 10, v° *Prorogation de juridiction*, p. 264, et t. 5, v° *Hypothèque*, p. 834; FAVARD DE LANGLADE, t. 3, p. 195, n° 4; PICEAU, *Comm.*, t. 1, p. 17 et 18; THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 61, et CURASSON, t. 1, p. 72 à 74.

M. BOITARD, t. 2, p. 394 et suiv., tout en convenant de cette unanimité, croit devoir proposer et soutenir l'opinion contraire, qui a été adoptée par la Cour de Riom, le 21 juillet 1824 (*J. Av.*, t. 27, p. 153), et repoussée par la Cour de cassation, le 10 janvier 1809 (*J. Av.*, t. 16, p. 569, 4e espèce.)

M. BENECH, p. 346 et suiv., examine aussi la question, et la résout à l'aide d'une distinction.

La jurisprudence avait été quelquefois au-delà du point où se sont arrêtées, en cette matière, les opinions des auteurs. Elle ne se contentait pas d'admettre que le consentement exprès des parties pouvait proroger la juridiction des juges de paix, *extrà quantitatem;* elle décidait encore que leur silence même suffisait pour couvrir cette sorte d'incompétence, comme l'incompétence *ratione personæ*, et qu'en omettant de la proposer *in limine litis*, le défendeur était censé y renoncer et consentir à la prorogation; c'est la doctrine que nous avons admise en notre *J. Av.*, t. 16, p. 572, et que nous avons fait notamment résulter des arrêts de la Cour de cassation, des 3 frimaire an IX, 21 germinal an X, et de la Cour de Paris, du 5 août 1809 (*J. Av.*, t. 16, p. 568); de la Cour d'Orléans, du 2 juin 1818 (*J. Av.*, t. 16, p. 635), et d'un dernier arrêt de la section des requêtes, sous la date du 12 mars 1829 (*J. Av.*, t. 37, 115). Il est vrai que, les 22 juin 1808 (*J. Av.*, t. 16, p. 569, 3e espèce), et 20 mai 1829 (*J. Av.*, t. 37, p. 342), la section civile avait refusé de sanctionner cette jurisprudence.

M. Benech a cherché à établir que la question a été résolue dans le sens de la section civile par le législateur lui-même, soit dans les dispositions, soit dans les travaux préparatoires de la loi du 25 mai 1838. Il pense que les art. 7, 9 et 10 de cette loi placent sur la même ligne l'incompétence *ratione quantitatis* et l'incompétence *ratione materiæ*. Cette assimilation résulte, selon lui, clairement des expressions employées dans le rapport de M. Amilhau, à la chambre des députés, et dans l'exposé des motifs de M. Persil, garde-des-sceaux; ce dernier disait, en parlant de l'effet de plusieurs demandes réunies : « C'est leur valeur réunie qui détermine la compétence du juge; il statue en « premier ou dernier ressort, ou même il DOIT *se dessaisir* suivant le chiffre « auquel s'élèvent les demandes. »

C'est donc là, selon M. Benech, une incompétence *ratione materiæ*, que le juge DOIT suppléer D'OFFICE, qui, par conséquent, peut être proposée en tout état de cause, et ne saurait être couverte par le silence des parties. Cet auteur n'admet donc pas, *ratione quantitatis*, la prorogation volontaire *tacite*, mais il admet la prorogation volontaire *expresse*. Les parties qui ne pourraient valablement convenir de se soumettre au jugement du juge de paix, s'il était incompétent *ratione materiæ*, le pourront, au contraire, dans le cas où il le serait *ratione quantitatis*, mais il faudra que leur convention soit expresse; elle ne pourra s'induire de leur silence : c'est là, suivant M. Benech, le véritable sens de la loi 74, ff. *de Judiciis*, ainsi conçue : *Judex qui usque ad certam summam judicare jussus est, etiam de re majori judicare potest, si inter litigantes conveniat.*

Telle n'est pas notre opinion, et nous persistons dans les motifs que M. Carré a combattus à la question 27. — Dans la nouvelle loi et les discussions qui l'ont précédée, nous ne voyons rien qui justifie le système de notre honorable collègue. Une question de cette importance, qui a divisé Henrion de Pansey, Carré et tant d'autres, ne pouvait être tranchée par prétérition. Le législateur ne l'a pas même pressentie, comme tant de difficultés qu'un

mot eût pu prévenir; mais nous l'avons souvent dit : A nos yeux, les nouvelles lois ont presque toujours l'immense défaut d'être une superposition de principes, sans méthode, sans ordre. Comment ensuite interpréter sainement les textes qui régissent une même matière, quand on est obligé de consulter l'esprit, complétement différent, de deux législateurs? Lorsque M. Persil s'est servi de ces expressions : le juge de paix *doit se dessaisir*, il n'a eu en vue que cette unique position de conclusions en renvoi posées devant lui. Lorsque, dans nos lois de procédure, le juge peut agir d'office, ces mots *d'office* se trouvent dans la loi. Et ne trouverons-nous pas d'ailleurs, dans l'opinion même du savant auteur du *Traité des justices de paix*, la réfutation la plus vive de tout son système? Cette exception est d'ordre public, selon lui; le juge DOIT *d'office* se dessaisir. La société lui défend donc d'usurper une autorité aussi étendue, quand bien même, par leur silence respectueux, les parties y consentiraient; la volonté des parties est nulle, toutes les fois que l'intérêt général commande. Telle est alors la conséquence que je déduis logiquement des prémisses du raisonnement. Telle n'est pas la conséquence entière de M. Benech, car il ajoute, p. 351, *la prorogation conventionnelle sera valable.* Quoi! l'ordre public est tellement intéressé au dessaisissement du juge de paix, qu'il lui impose l'obligation de se déclarer incompétent d'office; et voilà qu'une volonté exprimée par une signature, se substituant à une volonté exprimée par le silence, fera disparaître ce caractère d'un ordre supérieur, que nous devons toujours, en droit, considérer comme inhérent à la cause et indélébile, parce qu'il émane de la loi, et que la loi seule peut le modifier?

Pourquoi donc admettre la prorogation expresse possible en matière de quantité, si cette quantité est d'ordre public, et ne pas l'admettre en matière de qualité, par la seule raison que cette qualité est d'ordre public? Où est le motif de la différence? Nous ne l'apercevons pas, et nous osons dire que la faculté de la prorogation écrite est la consécration la plus expresse de tout notre système.

Les objections présentées par M. CARRÉ, *Quest.* 27, paraîtront plus spécieuses, et cependant elles n'ont pas ébranlé notre conviction.]]

Mais il n'en serait pas ainsi d'une action sur laquelle le juge n'aurait, en raison de la matière, aucun principe de juridiction; par exemple, les parties ne pourraient déférer à un juge de paix la connaissance d'une action réelle, autre que l'action possessoire. (Cass., 10 janvier 1809, *S.*, t. 9, p. 179 *J. Av.*, t. 16, p. 568; *Traité de l'aut. judic.*, par M. HENRION, p. 188, 189, 190 BERRIAT-SAINT-PRIX, p. 37, not. 3; LEVASSEUR, p. 37; DUMOULIN, *Bibl. du barr.*, 1re part., 1810, p. 217; DELAPORTE, t. 1, p. 10; *secùs*, DEMIAU-CROUZILHAC p. 17, 18).

Il est, au reste, formellement admis par la jurisprudence qu'en prorogeant ainsi la juridiction des juges de paix en première instance, les parties prorogent nécessairement celle du tribunal civil pour le cas d'appel : adopter le principe, c'est adopter les conséquences. (V. *Nouv. Rép.*, au mot *hypothèque*, p. 855.) Par la même raison, l'appel doit être porté devant le tribunal duquel ressortit le juge de paix qui a prononcé. (V. *Prat. franç.*, t. 1, p. 136.)

[[Ces deux dernières solutions ne peuvent souffrir de difficulté, elles sont une conséquence de la première. M. THOMINE-DESMAZURES les adopte, t. 1, p. 62.

Ainsi donc la cause sera portée en appel devant le tribunal duquel ressortit le juge de paix, dont la juridiction a été prorogée par des parties dont il n'était pas le juge naturel; et le tribunal jugera en dernier ressort, encore que la valeur de l'objet soit supérieure à 1,500 francs.

Mais les parties ne pourraient-elles pas renoncer à l'appel, même pour le cas où elles prorogent la juridiction du juge de paix à des contestations dont

la valeur excède sa compétence en premier ressort? Si on adopte la légalité d'une semblable prorogation, on ne peut se refuser à admettre la faculté de renoncer à l'appel; car, dit M. Henrion de Pansey, le premier pas était plus difficile à franchir que le second; l'appel des jugements n'est qu'une simple faculté, et chacun peut faire de ses facultés l'usage qui lui convient.]]

[[**26** bis. *La prorogation de juridiction consentie par les parties doit-elle être assimilée à un compromis, et la décision du juge de paix à une sentence arbitrale?*

Le 18 janvier 1806, la Cour de Rouen (*J. Av.*, t. 16, p. 587), et, le 11 mars 1829, celle de Colmar (*Journ.* de cette Cour, 1829, p. 57), ont jugé la négative, et décidé en conséquence qu'une pareille décision ne pouvait être attaquée par la voie de l'opposition, et n'avait pas besoin d'être revêtue de l'ordonnance d'*exequatur*. C'est, en effet, comme juge institué par la loi, que le juge de paix prononce dans ces circonstances. La volonté des parties ne lui confère qu'une extension de juridiction qui en suppose le principe légal déjà résidant en lui; mais, pour que ces raisons soient applicables, il faut que les formalités de l'art. 7 aient été accomplies, que les parties se soient présentées devant le juge de paix tenant l'audience, qu'elles aient fait leur déclaration de demander jugement, que cette déclaration ait été rédigée par le greffier, authentiquée par le juge, que les parties l'aient signée, ou que mention ait été faite qu'elles n'ont pu le faire.

Si elles s'étaient bornées à remettre, entre les mains du juge, une déclaration écrite par l'une d'elles, mais hors de l'audience et de la présence du greffier, on ne saurait y voir qu'un compromis, et, dans la décision à intervenir, qu'une sentence arbitrale.

M. Carré, ayant été consulté à l'occasion d'une espèce où le juge de paix avait rendu un jugement sur la remise d'une pareille déclaration, jugement que le greffier avait expédié, et revêtu, sous sa signature, de la formule exécutoire, s'exprimait ainsi :

« *Ce jugement était-il compétemment rendu, était-il d'ailleurs valable dans la forme?* Telle est la question que l'on nous proposait à résoudre.

« Nous avons répondu que, les parties s'étant bornées à remettre entre les mains du juge de paix une déclaration à laquelle on ne pouvait attribuer d'autre caractère que celui d'un compromis, le juge de paix n'avait pu prononcer qu'en qualité d'arbitre, et que la formule exécutoire apposée à sa décision devenait insignifiante, puisque cette formule ne peut être apposée aux décisions arbitrales que par le président du tribunal civil, conformément à l'art. 1021 du Code de procédure. »

Au reste, les parties qui comparaissent devant un juge de paix peuvent, au lieu de proroger la compétence comme juge, et dans les cas mêmes où cette prorogation est interdite, le choisir pour arbitre de leur différend; la sentence qu'il rend à ce titre sera valable, mais ne deviendra exécutoire qu'après avoir été revêtue de l'ordonnance d'*exequatur*. Ainsi l'a jugé la Cour de Colmar, les 21 décembre 1813 (*J. Av.*, t. 4, p. 603), et 25 avril 1817 (*J. Av.*, t. 5, p. 83). M. THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 61, conseille néanmoins au juge de paix de ne pas accepter facilement les fonctions d'arbitre, afin de mieux conserver sa dignité et sa considération.]]

Add.—26 ter. *Si les parties, au lieu de remettre purement et simplement un compromis au juge de paix, le lui avaient présenté à son audience, en rappelant leur consentement à être jugées par lui, sa decision devrait-elle être considérée comme arbitrale, ainsi qu'il est dit sur la précédente question?*

Nous pensons qu'elle doit être envisagée comme émanée du juge de paix,

dont la compétence eût été prorogée par suite du consentement donné à son audience. Nulle difficulté ne nous paraît exister sur ce point, lorsque ce consentement aurait été signé par les parties en présence du juge ou sur le comparant inséré en tête du jugement. Mais on pourrait douter que la solution dût être la même dans l'hypothèse où les parties n'eussent répété que verbalement, à l'audience, le consentement donné par la déclaration qu'elles auraient remise au juge de paix. Le doute serait fondé sur ce que l'art. 7 veut que la déclaration, que les parties demandent jugement, soit signée par elles, ou que mention soit faite si elles ne peuvent signer.

Or, disait-on, dans un exposé par lequel nous avons été consulté sur ce doute, si la déclaration faite à l'audience n'a pas été signée, elle doit être considérée comme non avenue; et le juge de paix, ne tenant plus sa compétence que du *compromis* qui lui aurait été remis, ne peut nécessairement prononcer que comme arbitre.

Telle serait aussi notre opinion, si rien ne constatait que la remise de la déclaration eût été faite par les parties à l'audience du juge de paix; mais, dans l'espèce que l'on soumettait à notre examen, la comparution des parties à l'audience, la remise de leur déclaration, étaient constatées par le jugement lui-même, avec mention du dépôt de cette déclaration au greffe.

Nous avons décidé, en conséquence, que ce jugement ne pouvait être considéré comme sentence *arbitrale*, qu'il était régulier dans la forme, et devait produire tous les effets d'un jugement rendu par suite de prorogation, conformément à l'art. 7, et, pour motiver notre opinion, nous dirons ici que, d'un côté, les parties ne peuvent, sans s'inscrire en faux, nier leur comparution volontaire devant le juge de paix; que, d'un autre côté, elles ne peuvent également nier la remise de la déclaration, puisque cette pièce a été déposée au greffe et placée au nombre de ses minutes, revêtue de leur signature, si elle a été donnée par acte privé, ou légalement présumée l'avoir été, lorsqu'elle a été donnée par acte authentique.

Il est à remarquer, d'ailleurs, que l'art. 7 n'exige point que la déclaration soit insérée dans le jugement; elle peut donc être donnée par acte séparé; car, quelque triviale que semble cette maxime, tant on a sujet de l'invoquer, là où la loi ne distingue pas, il n'est pas permis de distinguer, et surtout lorsqu'il s'agit de suppléer une nullité qu'elle n'a pas prononcée (art. 1030). L'essentiel, pour que la prorogation soit valable, est qu'il existe une déclaration des parties signées par elles, ou reçue en forme authentique; or, l'existence en est inviciblement prouvée par les circonstances qui se rencontraient dans l'espèce ci-dessus. **Carr.**

[[*Voyez* la question précédente; nous adoptons cette opinion.]]

27. *Si les parties comparaissent sur citation, et que l'exception d'incompétence ne soit pas opposée, sont-elles réputées avoir donné un consentement tacite suffisant pour opérer la prorogation?*

Nous ne le pensons pas, par le motif que l'art. 7 veut qu'il y ait une déclaration expresse signée des parties.

On a cru cependant pouvoir tirer une conséquence contraire d'un arrêt de la Cour d'appel de Paris, du 5 août 1809 (*V. Sirey*, t. 10, p. 190; et *J. P.*, 3e édit., t. 7, p. 738), et l'on a commis une erreur, parce qu'on n'a pas considéré que, dans l'espèce, le jugement du juge de paix constatait un acquiescement signé des parties; circonstance d'après laquelle il a été décidé que ce jugement devait produire tous les effets des jugements et conférer hypothèque.

On a considéré que cet acquiescement équivalait à une déclaration antérieure de *proroger* la juridiction.

C'est aussi ce que les auteurs du *Praticien* décident, pag. 140, 142, 143 : ils pensent que la déclaration exprimée dans la décision même est suffisante, si le jugement est *souscrit* des parties.

S'il fallait, en effet, envisager le simple défaut d'opposition de l'exception d'incompétence comme un consentement à la prorogation, il serait trop facile de tromper les parties qui comparaissent en personne en justice de paix, et qui souvent ignorent les lois de la compétence.

On a voulu qu'elles consentissent *expressément* avec connaissance de cause (1). Aussi, la Cour de cassation, par arrêt du 22 juin 1808 [[cité sur la *Quest.* 26]], a-t-elle décidé qu'il n'y a pas prorogation valable, si le consentement n'a pas été *exprès*, *formel et signé*, comme le veut l'art 7. Dans ce cas, le juge de paix ne peut excéder les bornes de sa compétence ordinaire, sans qu'il y ait lieu, par cela seul, de casser son jugement, et la partie elle-même qui a saisi le juge incompétent est recevable à se plaindre de ce qu'il a rendu sa décision. (*S.*, t. 8, 1re part., p. 532.)

Add. — Nous avons donné, dans notre *Traité* des justices de paix, t. 1, p. 127, l'explication que voici de notre opinion.

Il est de règle que tout défendeur qui ne propose pas, dès le principe de l'instance, l'exception résultant de ce que le juge devant lequel il est appelé ne serait pas celui de son domicile ou de la situation de la chose, est réputé avoir, en procédant volontairement devant lui, prorogé tacitement sa juridiction.

Suivant M. Henrion de Pansey, ce principe ne doit pas recevoir son application dans les justices de paix. De ces deux espèces de prorogation (*la prorogation expresse et la prorogation tacite*), la première, dit-il, a seule lieu dans les justices de paix; l'autre, par consentement tacite, n'y est pas admise, cela est formellement décidé par l'art. 7 du Code de procédure.

Contre cette opinion, avons-nous ajouté, l'on peut dire que l'article dont il s'agit ne parle que du cas où les deux parties comparaissent volontairement, c'est-à-dire sans que le demandeur ait donné citation, et non de celui où la comparution du demandeur est forcée, parce qu'une citation lui a été notifiée; qu'ainsi l'on se trouve, dans ce dernier cas, sous l'empire du droit commun, qui attache, au silence du défendeur sur l'exception qu'il aurait eu le droit d'opposer, la présomption d'une renonciation à cette exception, et, par conséquent, celle d'un consentement tacite à proroger la juridiction du juge de paix.

De cette objection nous avons conclu que la prudence exige du défendeur, cité en justice de paix, qu'il propose, avant toutes autres exceptions ou défenses, l'exception déclinatoire résultant, soit, s'il s'agit d'une demande personnelle ou mobilière, de ce que le juge saisi ne serait pas celui de son domicile, soit, s'il s'agit d'une action possessoire ou de toute autre pour laquelle la loi attribue compétence au juge de la situation de la chose litigieuse, de ce que cette chose serait située hors du canton de la justice de paix devant laquelle il est appelé.

Nous répéterons ici ce que nous avons dit dans notre *Traité des justices de paix*, précité, p. 129, à la note, que nous ne rétractions point, par cette explication, l'opinion que nous avions émise sur la *Quest.* 27 de nos lois de la pro-

---

(1) A la vérité, l'on admet, en justice de paix, comme dans les tribunaux de première instance, le principe que l'incompétence à raison du domicile se couvre par la procédure volontaire des parties; mais autre chose est le cas où il s'agit de proroger une juridiction dont il est présumable qu'une partie peut ignorer les limites, et autre chose est celui où une partie comparaît devant un juge de paix autre que celui de son domicile, et qu'il est impossible de supposer qu'elle reconnaisse pour un juge naturel.

cédure. Et en effet, d'après les arrêts dont on lit ci-dessus l'indication, la solution que nous avons donnée ne s'applique qu'à l'incompétence fondée sur d'autres causes que celles du domicile et de la situation de la chose, ainsi que nous avons eu soin d'en avertir dans la note que l'on trouve à la fin de la question.

Après cette explication nous ne pensons pas qu'il puisse désormais s'élever des doutes sur notre solution, mais nous convenons que la question n'a pas été posée comme elle aurait dû l'être pour l'intelligence de la solution. Il convient de la rétablir en ces termes : si les parties comparaissent sur citation, et que l'exception d'incompétence sur toutes autres causes que le domicile ou la situation de la chose ne soit pas opposée, sont-elles réputées avoir donné un consentement tacite à la prorogation ?

Mais on trouvera, dans une dissertation du *J. Av.*, t. 16, p. 572, une critique de la solution négative que nous en donnons.

Faut-il nécessairement, et dans tous les cas, demande M. Chauveau Adolphe, une déclaration signée par les parties, ou suffirait-il que le défendeur assigné n'opposât pas l'incompétence? Et il rappelle la principale raison que nous aurions donnée pour l'affirmative sur notre *Quest.* 26. On conçoit, en effet, dit-il, que, lorsque le jugement n'a été précédé d'aucun acte de procédure, la loi ait voulu qu'une déclaration de la partie constatât que réellement elle s'est présentée et qu'elle a consenti; mais lorsqu'elle a été appelée par une citation, lorsqu'elle a eu la faculté de consulter sur cet acte des conseils, lorsqu'elle se présente et se défend sans opposer l'incompétence, c'est qu'elle consent à couvrir cette exception. Aussi M. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 18, dit-il que la déclaration, dans la forme prescrite par l'art. 7 du Code de procédure, n'est nécessaire qu'en deux cas : 1° lorsque le jugement n'est pas précédé d'actes qui prouvent le consentement tacite des parties de procéder devant le juge; 2° lorsqu'on veut l'autoriser à statuer en dernier ressort.

Ainsi, dans l'opinion de M. Chauveau Adolphe, qui se fonde d'ailleurs sur trois arrêts de la Cour de cassation, des 3 frimaire an 9, 10 janvier et 5 août 1809, il y aurait, en toute affaire personnelle et mobilière, prorogation de juridiction valablement opérée, sans déclaration, mais tacitement, par la seule circonstance que l'exception d'incompétence n'aurait pas été opposée par le défendeur.

Nous conviendrons que les arrêts cités par M. Chauveau Adolphe, et qu'il rapporte dans le t. 16 de son journal, p. 568 et suiv., peuvent présenter de forts arguments en faveur de son opinion; toutefois nous ne saurions y trouver des raisons assez convaincantes pour nous faire rétracter celle que nous avons émise.

Et voici nos raisons de persister :

Le principe suivant lequel l'exception d'incompétence, à raison du domicile ou de la situation de la chose litigieuse, est couverte par la défense au fond, n'a rien de commun avec le cas particulier qui nous occupe, et où il s'agit de proroger la juridiction d'un juge, afin de le rendre compétent pour statuer sur une action qui, quant à sa valeur, excèderait les limites légales de l'exercice de sa juridiction. Or, il existe, pour considérer la prorogation comme opérée par le consentement tacite du défendeur qui aurait volontairement procédé au fond devant un tribunal qui ne serait pas son juge naturel, des raisons que l'on ne peut appliquer au cas dont il s'agit ici.

Ces motifs sont : 1° qu'il n'est pas à présumer que le défendeur puisse ignorer qu'il est cité devant un juge qui n'est pas celui du lieu de son domicile ou de la situation de la chose litigieuse, tandis qu'il est très probable au contraire qu'il puisse ignorer à quel taux la loi limite la compétence de ce juge.

Que le défendeur appelé par une citation ait eu *la faculté de consulter des*

conseils, ainsi que le dit M. Chauveau Adolphe, c'est, à notre avis, un faible argument contre notre opinion ; *en général*, on consulte assez rarement sur des contestations placées dans les attributions des justices de paix, et surtout presque jamais dans les cantons ruraux, où souvent on ne trouverait personne qui fût plus éclairé que la partie elle-même sur des matières de compétence.

2° Si les exceptions d'incompétence, *ratione personæ*, se couvrent par le silence du défendeur, qui produit ses moyens au fond, c'est parce que ces exceptions ne lui présentent, en définitive, que l'intérêt d'être jugé plutôt par le juge désigné par la loi que par tout autre; intérêt qui, le plus souvent, est assez indifférent, et auquel il est, par conséquent, plus facilement permis de présumer qu'il a renoncé.

Au contraire, lorsqu'il s'agit de *proroger* la compétence d'un juge de paix: *au-delà du taux déterminé par la loi*, le défendeur fait un tout autre sacrifice, il se soumet à la décision d'un seul juge, il renonce à l'avantage d'être jugé par plusieurs, et suivant des formes qui lui offrent plus de garantie : on ne saurait donc, avec autant de facilité, présumer cette renonciation : *nemo juri suo renunciare facilè præsumitur*. Il est plus juste d'exiger une *déclaration expresse*.

Aussi l'art. 7 dit-il positivement que la soumission des parties au juge de paix incompétent, à raison de la valeur de la demande, sera constatée par une *déclaration signée d'elle*.

Un texte aussi précis ne permet pas d'admettre une prorogation tacite lorsque la loi n'a pas exprimé que les défenses au fond *suppléeraient* au défaut de cette déclaration.

Ajoutons, pour justifier de plus en plus la solution de notre *Quest.* 27, que les défenses dont nous parlons ne couvriraient pas même les exceptions d'incompétence, *ratione personæ*, si la loi ne l'avait pas dit, comme l'avait fait l'ordonnance de 1667, comme le fait le Code de procédure dans l'art. 169 (V. *Quest.* 710).

Ces observations ne répondent pas, à la vérité, aux arguments que l'on prétend tirer des arrêts qu'on nous oppose; mais les arrêts ne font pas loi : *legibus, non exemplis, judicandum*. On pèsera donc nos raisons et les motifs de ces arrêts.

Cependant examinons-les dans leurs espèces et dans leurs considérants, et peut-être reconnaîtra-t-on que les arguments que l'on en déduit ne sont pas aussi tranchants qu'ils peuvent paraître au premier aspect.

Et d'abord, l'arrêt du 3 frim. an 9, dont s'appuient et M. Pigeau, et M. Chauveau Adolphe, est-il parfaitement applicable à la question que nous discutons? Il suffit, pour se convaincre du contraire, de se pénétrer de l'espèce sur laquelle il est intervenu.

Il s'agissait d'un jugement rendu par un juge de paix, *après renvoi des parties à se pourvoir devant lui*, prononcé par un tribunal civil, qui s'était *déclaré incompétent*. Le défendeur procède et ne songe à opposer l'exception d'incompétence qu'au moment où le juge allait prononcer le jugement. Celui-ci n'y eut pas égard, par le motif que cette exception avait été couverte par *les défenses au fond*. Confirmation de ce jugement sur appel. Pourvoi en règlement de juges. — Rejet prononcé par la Cour de cassation, non pas sur le seul motif donné par le juge de paix, mais surtout et principalement parce *qu'en procédant devant ce juge*, sans opposer l'exception, le défendeur avait *exécuté* le jugement de renvoi rendu par le tribunal de première instance. Il y avait alors, dit la Cour de cassation, acquiescement à la chose jugée. On sent que cette espèce est bien différente de celle qui est l'objet de cette discussion, il est donc permis d'écarter l'application de ce premier arrêt.

Quant à celui du 10 janvier 1809, on nous laisse à imaginer les motifs d'après lesquels on pourrait en argumenter, et nous ne pouvons réussir dans

cette recherche; car il y avait déclaration, signée par les parties, de proroger la juridiction du juge de paix, et de se soumettre à son jugement, en sorte que la disposition de l'art. 7 avait été exécutée.

Aussi M. Coffinières, en rapportant cet arrêt, dans sa jurisprudence des Cours souveraines, ajoute : on pourrait motiver aujourd'hui la solution de la question posée, sur l'art. 7 du Code de procédure ; car, en autorisant les parties à proroger la juridiction du juge de paix, il est certain que cet article s'oppose à ce que l'une d'elles puisse s'affranchir dans la suite du contrat judiciaire formé par la volonté de l'autre partie et par l'assentiment du juge.

Reste donc à examiner l'arrêt du 5 août 1809, mais on voudra bien remarquer que nous en avons déjà écarté l'application ci-dessus.

C'est pourquoi M. RENARD, dans son *Manuel de procédure civile* s'exprime ainsi, p. 110, not. 11, en parlant de la déclaration exigée par l'art. 7 : cette formalité est de rigueur pour la validité de la prorogation; si elle a été omise, la partie qui a elle-même saisi le juge est recevable à se plaindre de ce qu'il a jugé. Il cite à l'appui l'arrêt du 22 juin 1808, que nous avions invoqué sur notre *Quest.* 27 ; et il ajoute : la Cour royale de Paris semblerait avoir jugé le contraire, par un arrêt du 5 août 1809 ; mais M. Carré a fait observer que, dans l'espèce, le jugement du juge de paix constatait un acquiescement signé des parties, circonstance d'après laquelle il a été décidé que le jugement devait produire les effets qui en étaient la suite, et conférer hypothèque.

Ainsi donc, les trois arrêts dont on se prévaut contre notre opinion sont loin de la détruire.

Mais on la combat encore par un autre arrêt : c'est celui du 27 février 1821, rendu par la Cour royale de Toulouse, et que l'on trouve rapporté au *J. des Av.*, t. 23, p. 39, et au *Recueil général* de M. SIREY, t. 21, p. 26.

M. Chauveau, dans sa Dissertation précitée, l'invoque, en s'appuyant de l'autorité, bien respectable sans doute, de M. BERRIAT-SAINT-PRIX. Il est vrai que notre savant confrère dit, p. 37, not. 67, en citant l'arrêt de la Cour de Toulouse, que le jugement rendu sans la déclaration exigée par l'art. 7 n'est pas nul de plein droit ; que si l'on n'en a pas appelé, il acquiert force de chose jugée. M. Berriat a raison dans toute l'énergie du mot. Tout jugement qui n'a pas été attaqué par les voies légales et dans les formes prescrites, tout jugement auquel la partie qui aurait intérêt à l'attaquer a acquiescé, doit avoir autorité de chose jugée, et c'est par une juste application de ces principes élémentaires que la Cour de Toulouse a jugé qu'un jugement rendu par le juge de paix, hors de sa compétence, liait les parties entre lesquelles il était intervenu, puisqu'elles l'avaient réciproquement exécuté.

Mais, encore une fois, et comme dans l'espèce de l'arrêt du 3 frimaire an 9, les principes qui règlent les effets d'un acquiescement donné à un jugement rendu n'ont rien de commun avec ceux qui régissent la prorogation de juridiction pour un jugement à rendre.

Déjà cette dissertation est fort étendue; mais son objet est d'une haute importance, puisqu'il s'agit de mettre fin à une controverse, qui peut journellement se renouveler, sur une question de compétence d'un grand intérêt.

Résumons. D'après les explications que nous avons données en commençant, nous maintenons, 1° la solution de la *Quest.* 27, d'après laquelle la déclaration prescrite par l'art. 7 du Code de procédure doit être rigoureusement exigée (1); 2° que la procédure volontaire n'opère tacitement prorogation de

---

(1) Nous disons en conséquence, avec l'auteur de l'*Essai sur les tribunaux de paix en matière contentieuse*, p. 43, que, hors ces cas, les formalités prescrites par la deuxième

la juridiction de juge de paix que dans les seuls cas où il n'est compétent ni à raison du domicile du défendeur, en matière pure personnelle et mobilière, ni à raison du domicile de la situation de la chose en matière possessoire.

Au reste, jusqu'à ce que l'on soit d'accord sur cette grande question, nous répèterons ce conseil, que nous nous sommes permis de donner aux juges de paix dans notre Traité sur leur juridiction : c'est que toutes les fois que, sur le vu de la citation, ils s'aperçoivent qu'ils ne sont pas les juges naturels de la partie, soit à raison du domicile de celle-ci, soit à raison de la situation de la chose litigieuse, soit surtout à raison de la valeur de l'action, ils préviendront toute contestation ultérieure, en avertissant les parties qu'ils sont légalement incompétents, et en les invitant à déclarer si elles entendent ou non proroger leur juridiction, conformément à l'art. 7, et dans les formes qu'il a prescrites. **Carr.**

[[*V.* nos observ. sur le § 1er de la *Quest.* 26.]] **Supp. alph.**, v° *Just. de p.*, n. 10 et 11.

28. *Mais lorsqu'il y a eu prorogation de juridiction, le juge peut-il conserver la connaissance de l'affaire, si, avant le jugement, l'une des parties, qui a donné son consentement, oppose l'exception d'incompétence?*

Oui [[évidemment]], par la raison qu'il s'est formé entre les parties un contrat judiciaire, dont il n'est pas permis à l'une d'elles d'empêcher les effets. (Cassat., 3 frim. an 9; *S.*, t. 1, 1re part., p. 641, et *J. Av.*, t. 16, p. 568.)

29. *Les parties peuvent-elles valablement s'adresser au suppléant de la justice de paix, pour en obtenir la décision de leur contestation, lorsque le juge n'est pas empêché?*

Non, puisque le suppléant n'a de caractère qu'en cas d'empêchement du juge, et que, si l'on a des raisons de soustraire à celui-ci la connaissance d'une affaire, on ne peut le faire qu'à l'aide de la récusation. (V. *Biblioth. du Barr.*, 1810, 1re part., p. 218; *Quest.* de LEPAGE, p. 71.)

[[Cette solution n'est pas contestable.]]

30. *Des tuteurs, des administrateurs peuvent-ils, sans citation préalable, se présenter devant un juge de paix, et, s'ils sont cités, peuvent-ils proroger sa juridiction?*

Nous sommes porté à croire, contre l'opinion émise par M. DUMOULIN (*Bibl. du Barr.*, 1re part., 1810, p. 217), et par M. LEVASSEUR, p. 39, que ces personnes peuvent comparaître sans citation préalable devant le juge naturel de celui qu'elles représentent, et même devant un autre juge de paix.

Mais nous ne pensons pas qu'elles puissent proroger la juridiction de l'un ou de l'autre; autrement, elles feraient perdre les avantages des lois sur la juridiction à celui pour lequel elles agiraient.

Cette prorogation de juridiction formerait d'ailleurs une espèce de compro-

---

partie de l'art. 7 sont substantielles, que leur inobservation empêcherait que le droit de juger ne fût acquis au juge de paix, car, dit encore cet auteur qui a eu la modestie de garder l'anonyme, et qui a obtenu ses degrés dans notre faculté de Rennes, si l'on ne peut en général, comme l'a décidé la Cour de cassation, par arrêts des 18 juin et 24 octobre 1817 (*S.*, t. 17, p. 298, et t. 18, p. 118), séparer le pouvoir que la loi donne aux juges des conditions sous lesquelles il leur est accordé, cette règle doit être surtout rigoureusement appliquée lorsqu'il s'agit d'étendre une juridiction extraordinaire.

mis. Or le compromis est interdit à tous ceux qui administrent pour autrui.

A plus forte raison, le mineur ne pourrait-il pas, par lui-même, faire ce qui est interdit au tuteur.

[[M. THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 59, n'admet, pour ces sortes de personnes, que le pouvoir de se présenter volontairement devant le juge de paix compétent, mais non celui de proroger la juridiction d'un juge incompétent, soit à raison du domicile, soit à raison du ressort. Nous croyons, en effet, que telle est la véritable conséquence du principe duquel semble partir M. Carré.]]

31. *Un fondé de pouvoir peut-il signer la déclaration exigée par l'art.* 7 ?

On ne saurait en douter, d'après le principe : *per alium qui agit ipse agere videtur ;* celui qui agit par le ministère d'autrui est censé agir par lui-même. Un fondé de pouvoir peut donc signer la déclaration exigée par l'art. 7.

Add. — M. Chauveau Adolphe (*J. Av.*, t. 17, n° 30), s'exprime ainsi : « M. Carré pense qu'un fondé de pouvoir pourrait consentir une prorogation de juridiction. Nous ne pouvons partager cette opinion d'une manière générale, et nous croyons, par les mêmes motifs que M. Carré donne à l'égard des tuteurs et administrateurs, qu'il faudrait, pour pouvoir proroger la juridiction du juge de paix, une procuration spéciale. »

Nous reconnaissons d'autant plus volontiers la justesse de cette observation de M. Chauveau, qu'en résolvant notre *Quest.* 31, nous n'avons voulu exprimer autre chose, si ce n'est que la prorogation de la juridiction pouvait être consentie par un fondé de pouvoir, mais bien entendu par un fondé de pouvoir donné à cet effet par la partie. Un mandataire qui n'aurait pas procuration pour proroger, mais seulement pour comparaître, ne pourrait évidemment former, pour son commettant, le contrat judiciaire dont il s'agit dans l'art. 7. **Carr.**

[[Nous persistons.]]

Add. — **31** bis. *La partie citée, qui aurait donné à un tiers pouvoir de comparaître pour elle, et même de proroger la juridiction au-delà du taux de la compétence, sans toutefois lui accorder celui de renoncer à l'appel ou aux autres voies de droit de se pourvoir, serait-elle non recevable à se rendre appelante, parce que son procureur eût renoncé à la voie d'appel en signant la déclaration prescrite par l'article* 7 ?

Cette question se rattache aux observations qui précèdent. Nous venons de dire que la déclaration dont il s'agit peut être donnée par un fondé de pouvoir, mais de pouvoir spécial.

Si donc le pouvoir qui lui a été donné, pour proroger la juridiction de *quantitate ad quantitatem,* ne contient pas celui d'étendre cette prorogation jusqu'à conférer compétence en dernier ressort, elle ne peut être liée par le fait d'un mandataire qui a excédé les limites de son mandat. La partie adverse doit, en ce cas, s'imputer de n'avoir pas vérifié la procuration.

A plus forte raison en serait-il de même dans le cas où cet acte subordonnerait le pouvoir de proroger à la condition de ne pas renoncer aux voies ouvertes pour se pourvoir contre le jugement.

C'est aussi ce qui a été décidé par jugement du tribunal civil de la Seine, du 12 novembre 1806, rapporté par M. de Foulan.

Il faut remarquer cette circonstance particulière, d'où naissait une difficulté sérieuse, c'est que la partie qui avait donné le mandat avait été présente à l'audience du juge de paix. Or, sur l'appel, l'intimé soutenait que cette circonstance suffisait pour constater le consentement que son adversaire avait

donné a ce que le juge de paix jugeât en dernier ressort et sans appel. Cependant le tribunal, sur les conclusions de l'avocat du roi, reçut l'appel avec grande raison, dit M. Foulan, attendu que la partie n'avait pas elle-même signé son consentement.

On voit que cette décision fournit un puissant argument en faveur de l'opinion que nous avons émise sur notre *Quest.* 27 ci-dessus. **Carr.**

[[Sans approuver l'argument tiré de la présence *matérielle* d'une partie à l'audience, pour appuyer l'opinion de la *Quest.* 27 que nous avons combattue, nous adoptons la solution de M. Carré.]]

32. *Lorsque les parties conviennent*, à l'audience, *de dispenser le juge d'observer une formalité d'instruction, est-il nécessaire que le procès-verbal soit signé d'elles, comme pour la prorogation de juridiction?*

Non, attendu que cette convention, intervenue à l'audience même, et dont le juge décerne acte, a tous les caractères d'un contrat judiciaire. (Cassat., 3 octobre 1808, *S.*, t. 8, 1re part., p. 538.)

[[Cet arrêt nous paraît aussi avoir bien jugé; il s'agissait, dans l'espèce, d'un consentement à une prorogation d'enquête; or, on sait qu'en justice de paix il n'y a point de délai fatal pour la confection de cette procédure : il s'ensuit qu'elle se proroge de droit jusqu'à ce qu'elle soit complétée.

Le même principe a été encore consacré par la Cour suprême, le 27 mars 1832 (*J. Av.*, t. 43, p. 679), dans une affaire où les parties avaient consenti, mais sans signer leur consentement, à ce que des témoins fussent entendus sur des faits qui n'avaient été ni précisés, ni déclarés pertinents par un jugement. V. *infrà*, Q. 69 *bis*.]]

33. *Le juge de paix peut-il refuser de juger les parties qui se présentent volontairement devant lui?*

Non, même dans le cas où il ne serait pas leur juge naturel, parce que la loi, qui autorise les parties à se présenter devant lui, dit impérativement *qu'il jugera leur différend* (*Prat.*, t. 1, p. 147) (1).

Add. — M. PIGEAU, dans son *Comm.*, t. 1, p. 17, ne conteste pas que cette opinion ne soit fondée sur la rigueur du texte; mais, dit-il, si le texte de la loi est en sa faveur, l'esprit et les véritables principes, proclamés par la Cour de cassation, paraissent préférables.

Cela peut être; et, en effet, pourquoi n'appliquerait-on pas aux juges de paix les motifs qui ont dicté l'arrêt du 11 mars 1807, et qui se fondent sur ce qu'il importe d'empêcher que les parties, qui ne sont pas justiciables d'un tribunal, puissent, en demandant à être jugées par lui, le surcharger et retarder par là l'expédition des affaires qui lui sont confiées, et l'acquittement de ses devoirs envers celles dont il est le juge naturel. Quoi qu'il en soit, il faut exécuter la loi telle qu'elle est conçue, lorsqu'elle l'est en termes clairs et pré-

---

(1) Cette solution prouve que l'art. 7 fait une exception au principe général d'après lequel la juridiction n'est conférée sur la personne, par l'acquiescement des parties, qu'autant que les juges y consentent eux-mêmes.

Ainsi, comme aucune loi n'a imposé aux autres juges la même obligation qu'aux juges de paix, cette exception ne peut être étendue à ceux des autres tribunaux, qui, d'après le principe général que nous venons de rappeler, peuvent se déclarer incompétents à raison de la personne, lorsque les parties qui ne sont pas leurs justiciables ont comparu volontairement et même plaidé devant eux (*V.* cassation, 11 mars 1807, *S.*, t. 7, 1re part., p. 73, et *J. Av.*, t. 18, p. 877.)

cis. Le sentiment du savant auteur, sur le mérite de sa disposition, ne saurait donc justifier le juge de paix qui le partagerait, et refuserait de juger les parties qui auraient régulièrement prorogé sa juridiction. **Carr.**

[[M. Boitard, t. 2, p. 390, adopte l'avis de M. Carré, qui est aussi le nôtre. M. Thomine Desmazures, t. 1, p. 62, embrasse, au contraire, celui de M. Pigeau.]]

[[**33** bis. *Si, au lieu de constater que les parties ou l'une d'elles n'ont* pu *signer leur déclaration, le juge constatait qu'elles n'ont pas* voulu *le faire, le jugement à intervenir serait-il également valable?*

Non, sans doute, puisque, s'agissant ici d'un acte volontaire, le consentement formel des parties est requis, et que le refus de signer serait une preuve qu'elles n'ont point consenti. C'est, au reste, la décision de M. Pigeau, *Comm.*, t. 1, p. 19.]] **Supp. alph.**, v° *Just. de paix*, n. 17 et s.

TITRE II.

Des audiences du juge de paix et de la comparution des parties (1).

La loi du 26 octobre 1790 est la première qui ait établi des règles pour la tenue des audiences, leur police, et des mesures répressives contre les personnes qui les troubleraient. Une loi du 29 février 1791 en ajoute quelques autres, et c'est, sauf certaines modifications, la réunion de toutes ces dispositions qui forme celles du tit. 2.

Outre les objets indiqués dans son intitulé, ce titre contient les règles particulières aux justices de paix sur la péremption (15), l'appel (16), l'exécution provisoire (17) et les minutes des jugements (18).

Les définitions et les notions générales de doctrine relatives à ces divers objets seront exposées au livre suivant.

Ici, l'on se borne à noter les principales différences qui existent entre les dispositions concernant la juridiction du tribunal de paix, et celles qui régissent les autres tribunaux.

1° Les juges de paix sont affranchis des règles ordinaires sur les jours fériés et la solennité du lieu des audiences (8).

2° Les parties se défendent en personne ou par un fondé de pouvoir, sans avoué ni écritures (9).

3° Tout incident en vérification d'écriture ou inscription de faux est renvoyé devant le tribunal d'arrondissement (14).

4° La péremption d'instance, autrement l'extinction de l'instance par discontinuation de poursuites, a un délai beaucoup plus court, et s'acquiert de *plein droit* (15).

5° Enfin, tout jugement au-dessous de 300 fr. est, *de droit*, exécutoire par provision, et, dans tous les autres cas, le juge *peut* l'ordonner avec caution (17).

---

(1) V. *infrà*, liv. 2, tit. 5, des audiences, de leur publicité et de leur police.

ART. 8. Les juges de paix indiqueront au moins deux audiences par semaine. Ils pourront juger tous les jours, même ceux de dimanches et fêtes, le matin et l'après-midi.

Ils pourront donner audience chez eux, en tenant les portes ouvertes.

Tarif, 9, 27. — Loi du 26 oct. 1790, tit. 7, art. 1 et 2. — *Infrà*, 10, 13, 87.—[Notre Dict. gén. de Pr. v° *Audience*, n° 1, *Juge de paix*, 131.—Devilleneuve, v° *Justice de paix*, n°s 24 et 25.—Arm. Dalloz, v° *Audience*, n° 3. — Carré, *Compétence*, 2e part., liv. 1er, tit. 1er, chap. 6, art. 61, éd. in-8°, t. 2, p. 58.—Carré, *Justices de paix*, t. 4, p. 32 à 36, n°s 2689 à 2696.—Locré, t. 21, p. 557.—QUESTIONS TRAITÉES : Le juge de paix peut-il indiquer un jour d'audience ou de fête pour son audience ordinaire? *Q.* 34 —De ce que le juge de paix peut juger les dimanches et fêtes, doit-on conclure que les heures du service divin lui soient interdites? *Q.* 35. — De ce que le Code ne fait aucune distinction entre les fêtes nationales et les fêtes religieuses, doit-on conclure qu'il soit permis aux juges de paix de tenir leurs audiences les jours de fêtes nationales? *Q.* 36. — Le juge de paix peut-il indiquer sa demeure pour lieu de ses audiences ordinaires, lorsqu'elle n'est pas située au chef-lieu du canton? *Q.* 37.—Lorsque le juge tient ses audiences dans sa maison, est-il rigoureusement obligé de constater, par ses jugements, que les portes sont demeurées ouvertes? *Q.* 38. —Le juge de paix peut-il procéder chez lui à une enquête, quoiqu'il tienne ordinairement ses séances en un autre lieu? *Q.* 39. — Peut-il statuer, sans désemparer, sur le local contentieux où il se serait rendu pour en faire la visite et entendre des témoins? *Q.* 40. — Le juge de paix peut-il donner des audiences secrètes? *Q.* 41. — Le juge de paix peut-il tenir *chez lui* une audience secrète dans les cas prévus par l'art. 87 du Code de procédure et par l'art. 64 de la Charte? *Q.* 41 *bis*. —Y aurait-il lieu à annulation d'un jugement rendu en audience secrète, hors les cas prévus par les dispositions ci-dessus de l'art. 87 du Code de proc., et par l'art. 64 de la Charte? *Q.* 41 *ter*.]

VIII. La loi de 1790 assujettissait les juges de paix à indiquer trois audiences par semaine; elle n'imposait point cette obligation aux juges de paix des campagnes. L'art. 8 a fait cesser toute distinction.

34. *Le juge de paix peut-il indiquer un jour de dimanche ou de fête pour son audience ordinaire?*

Nous ne le pensons pas; c'est par exception qu'il lui est permis de juger ces jours-là : ce n'est donc [[évidemment]] que dans les cas d'urgence qu'il doit le faire, et, hors ces cas, il se retrouve soumis à la règle générale qui interdit, dans ces mêmes jours, tous les actes judiciaires. (*V.* DELAPORTE, t. 1, p. 10 et 11.)

35. *De ce que le juge de paix peut juger les dimanches et fêtes, doit-on conclure que les heures du service divin lui soient interdites?*

On pourrait fonder la négative sur ce que l'art. 8 lui donne le pouvoir de juger les dimanches et fêtes, le matin et l'après-midi; en sorte qu'il n'y aurait aucune heure où il ne pût tenir audience. Telle est l'opinion des auteurs du *Praticien*, t. 1, p. 149.

Si la loi d'octobre 1790 faisait une défense formelle de tenir audience durant les heures consacrées au service divin, c'est qu'alors la religion catholique était essentiellement dominante. Aujourd'hui que tous les cultes sont tolérés, on ne pourrait trouver de motifs pour suspendre les fonctions de la justice pendant l'exercice de tel ou tel culte. Cependant, nous pensons que dans les lieux où il n'y a pas de réunion, publique et reconnue par le gouvernement, de citoyens professant un autre culte que le culte catholique, les convenances exigent que le juge de paix, toutes les fois qu'il n'y a pas absolument urgence, se conforme à la loi de 1790.

[[M. THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 63, développe les raisons de convenance d'après lesquelles le juge de paix doit, suivant lui, s'abstenir autant que possible d'indiquer, dans sa cédule, l'heure du service divin. Nous pensons en effet qu'il ne doit le faire que lorsque des circonstances impérieuses l'y forceront, mais une conduite opposée n'entraînerait point nullité.]]

36. *De ce que le Code ne fait aucune distinction entre les fêtes nationales et les fêtes religieuses, doit-on conclure qu'il soit permis aux juges de paix de tenir leurs audiences les jours de fêtes nationales ?*

Telle est notre opinion, quoiqu'il paraisse contradictoire d'appeler tous les citoyens à célébrer une fête publique, et de permettre en même temps de les livrer aux débats judiciaires ; mais la nécessité de terminer promptement leurs différends paraît devoir l'emporter sur toute autre considération.

[[Il y a même raison que pour les fêtes religieuses.]]

37. *Le juge de paix peut-il indiquer sa demeure pour lieu de ses audiences ordinaires, lorsqu'elle n'est pas située au chef-lieu du canton?*

La loi du 29 ventôse an 9, art. 9, obligeait les juges de paix à tenir leurs audiences au chef-lieu du canton; ils ne pouvaient juger ailleurs que dans des cas particuliers. L'art. 8 leur accorde, d'une manière générale et sans restriction, la faculté de donner audience chez eux, et, par suite, dit M. LEVASSEUR, p. 14, n° 21, celle de donner audience hors le chef-lieu, lorsqu'ils n'y demeurent pas.

Nous pensons néanmoins qu'il est de leur devoir de se conformer à la loi précitée, que nous ne considérons pas comme abrogée par le Code de procédure.

Au reste, le serait-elle, il serait du devoir du juge de paix, pour la commodité des justiciables, de se conformer à cette loi, si sa demeure se trouvait aux limites du canton.

En tous cas, enfin, comme il doit résider dans le canton, il ne peut tenir ses audiences dans une commune qui n'en ferait pas partie. (*V.* COMMAILLES, t. 1, p. 31 ; *Praticien*, t. 1, p. 150 ; Rouen, 18 janvier 1806 ; décis. ministér. du 11 avril 1807 ; *J. Av.*, t. 16, p. 593.)

Add.— Nous ajouterons, pour corroborer notre opinion, contraire à celle de M. Levasseur, qu'elle a été démontrée sans réplique au *Journal spécial* de M. de Foulan, t. 3, p. 90, et qu'elle est appuyée de la manière la plus formelle par une circulaire du garde des sceaux, en date du 2 avril 1822, rapportée par le même arrêtiste, *ibid*, p. 95.

Cependant on trouve, au tom. 7 du même journal, l'énonciation d'une opinion contraire, émise dans une lettre du 20 juin 1826, adressée au préfet de Nantes, par le ministre de l'intérieur, après s'être concerté, dit son excellence, avec le garde des sceaux. Qui croire, dit à cet égard M. de Foulan, de M. de Peyronnet en 1822 ou en 1826? Nous répondons qu'il faut s'en tenir au garde des sceaux, organe, en 1822, de la loi du 26 ventôse an 9, et non pas à ce même ministre, et au ministre de l'intérieur, qui, de leur autorité propre, raisonnent, en 1826, comme si elle était abrogée.**Carr**

[[Nous partageons cette opinion.]]

38. *Lorsque le juge tient ses audiences dans sa maison, est-il rigoureusement obligé de constater, par ses jugements, que les portes sont demeurées ouvertes ?*

Par arrêt du 16 pluviôse an 11, la Cour de Paris a jugé cette question pour la négative.—(*S.*, t. 3, 2e part., p. 233 ; et *J. P.*, 3e éd., t. 3, p. 137.)

[[En effet, la présomption de légalité existe par elle-même, comme le fait remarquer M. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 20. Cependant la Cour de cassation a décidé, le 29 mai 1835 (*J. Av.*, t. 49, p. 460), que doit être cassé, comme ne présentant pas la preuve qu'il a été rendu en audience publique, le jugement qui énonce seulement qu'il a été prononcé aux parties en audience tenue en

l'auditoire de la justice de paix; mais il faut observer que, dans cette espèce, il s'agissait d'un jugement de police. On trouve des décisions en sens contraire pour des jugements civils; Cass. 27 mai 1818, 1er fév. 1820 (*J. Av.*, t. 4, p. 682); 24 juill. 1822 (*J. Av.*, t. 24, p. 250); 14 janv. 1824 (*J. Av.*, t. 26, p. 117) et 20 déc. 1825 (*J. Av.*, t. 30, p. 308.)]] **Supp. alph.**, v° *Just. de paix*, n. 27.

39. *Le juge de paix peut-il procéder chez lui à une enquête, quoiqu'il tienne ordinairement ses séances en un autre lieu ?*

C'est une conséquence de ce que la loi l'autorise, sans distinction, à tenir audience chez lui. (Paris, 16 pluv. an 11; *Journ. du palais*, 3e éd., t. 3, p. 137.)

[[Nous ne voyons pas de difficulté à adopter cet avis.]]

40. *Peut-il statuer, sans désemparer, sur le local contentieux où il se serait rendu pour en faire la visite et entendre des témoins ?*

Oui, d'après l'art. 4 du tit. 5 de la loi du 26 octobre 1790. (*V.* l'instr. du Comité de constitution du 18 novembre 1790, § 8, et BERRIAT-SAINT-PRIX, p. 310, not. 10.)

[[M. THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 64, ajoute, même avec raison, que le juge de paix pourrait prononcer son jugement dans tout autre lieu que celui des audiences ordinaires ou sa propre demeure, encore que ce lieu ne fût pas convenable, un cabaret, par exemple; si cette opinion en droit est fondée, on ne peut pas se dissimuler qu'en fait les juges de paix ne doivent se servir d'un semblable prétoire qu'autant qu'ils y sont contraints par une nécessité absolue.]]

41. *Le juge de paix peut-il donner des audiences secrètes ?*

Oui, dans le cas de l'art. 87 du Code de procédure, et de l'art. 64 de la Charte. (DEMIAU, p. 19.) Mais nous pensons qu'il doit l'ordonner par un jugement, et en rendre compte au procureur du roi, ce magistrat étant chargé, relativement aux justices de paix, de la surveillance que le procureur général exerce à l'égard des tribunaux d'arrondissement.

Add. — La solution de cette *Quest.* 41 a été consacrée par un arrêt de la Cour de cassation, du 9 juillet 1825, rapporté au *Journ.* de M. FOULAN, t. 3, p. 34.) **Carr.**

[[Nous l'adoptons nous-même très volontiers, avec M. PICHAU, *Comm.* t. 1. p. 20.]]

Add. — **41** bis. *Le juge de paix peut-il tenir chez lui une audience secrète, dans les cas prévus par l'art. 87 du Code de procédure et par l'art. 64 de la Charte ?*

Consulté sur cette question, nous n'avons pas balancé à répondre affirmativement. La difficulté provenait de ce que l'art. 8 n'accorde au juge de paix la faculté de tenir audience chez lui que sous la condition sans laquelle le grand principe de la publicité des audiences serait violé, de tenir les portes ouvertes. Or, disait-on, n'est-il pas permis de conclure de cette condition que le juge de paix ne peut, en aucun cas, tenir chez lui une audience secrète ?

Mais nous avons considéré que, le juge de paix usant de la faculté de tenir audience dans sa propre maison, cette maison remplace la salle publique qu'il aurait pour auditoire, au chef-lieu du canton, et que, par conséquent, il peut tenir une audience à huis clos, comme il en a le droit incontestable dans cet auditoire. Toutefois, avons-nous ajouté, il faut, ainsi que nous

l'avons dit sur la *Quest.* 41, qu'il l'ordonne par un jugement, et qu'il en instruise le procureur du roi. **Carr.**

[[Cette solution nous paraît être le corollaire incontestable de la précédente.]]

Add. — 41 ter. *Y aurait-il lieu à annulation d'un jugement rendu en audience secrète, hors les cas prévus par les dispositions ci-dessus de l'art. 87 du Code de procédure, et par l'art. 64 de la Charte?*

Oui : quoique aucune disposition de la loi ne prononce cette nullité, et que nous ayons maintenu ci-dessus (*Quest.* 5) qu'en justice de paix, l'omission des formalités, même substantielles, ne doit emporter la peine de nullité qu'autant que la partie qui l'oppose a souffert quelque préjudice. Nous fondons cette opinion sur ce qu'il y aurait ici violation, non pas d'une simple formalité de procédure, mais d'un principe de droit public et constitutionnel, que l'on ne peut transgresser sans excès de pouvoir. Si, comme nous l'avons dit, en matière de procédure, il faut se garder de croire que tout ce qui n'est pas défendu est permis, à plus forte raison faut-il se rappeler sans cesse que tout ce qui est défendu ne peut être fait sans excès de pouvoir : il y aura donc lieu à l'annulation, soit en appel, soit en cassation, de tout jugement rendu en audience secrète hors les cas prévus et au mépris des conditions imposées par la loi. **Carr.**

[[Cette doctrine est évidemment fondée en raison.]]

ART. 9. Au jour fixé par la citation, ou convenu entre les parties, elles comparaîtront en personne, ou par leurs fondés de pouvoir, sans qu'elles puissent faire signifier aucune défense.

[Notre Comm. du Tarif, t. 1, p. 10 à 14, n°s 1 à 10.] — Loi du 24 oct. 1790, tit. 3, art. 1er. — *Infrà*, art. 13, 19 et 53.—Loi du 25 mai 1838, art. 18.—[Notre Dictionnaire général de Procédure, v^o *Juge de paix*, n°s 132 et 133.—Carré, *Compétence*, 2e part., liv. II, tit. 3, art. 277, *Q.* 276, éd. in-8°, t. 4, p. 148.—Carré *Justices de paix*, t. 4, p. 36 à 38, n°s 2697 à 2702. — QUESTIONS TRAITÉES : De ce que les parties doivent comparaître au jour fixé par la convention, s'ensuit-il que le juge de paix puisse donner défaut contre celle qui ne comparaît pas? *Q.* 42. — De ce que l'art. 9 porte que les parties comparaîtront par elles-mêmes ou par fondés de pouvoir, peut-on conclure qu'elles ne peuvent être assistées d'un défenseur, et à plus forte raison que le fondé de pouvoir ne puisse lui-même employer le ministère de ce dernier? *Q.* 42 *bis.* — Si la partie qui comparaît peut se faire assister d'un conseil, faut-il que ce conseil soit muni d'un pouvoir? 42 *ter.*—Toutes personnes peuvent-elles également être chargées de représenter les parties devant le juge de paix? *Q.* 42 *quater.*—La procuration pour comparaître en justice de paix doit-elle être spéciale? *Q.* 43. — Quelle forme doit avoir la procuration pour comparaître devant le juge de paix? *Q.* 44. — Le juge de paix peut-il ordonner la comparution personnelle d'une partie qui s'est fait représenter par un fondé de pouvoir? *Q.* 44 *bis.* —Lorsque, le juge de paix ayant ordonné la comparution personnelle de la partie représentée par un fondé de pouvoir, celle-ci ne comparaît pas, le jugement à intervenir doit-il être rendu par défaut? *Q.* 44 *ter.* — L'interrogatoire sur faits et articles peut-il, comme la comparution, être ordonné en justice de paix? en supposant l'affirmative, quelle sera la forme d'y procéder? *Q.* 44 *quater.*—De ce que la loi défend de signifier aucune défense, s'ensuit-il que les parties ne puissent lire une défense écrite? *Q.* 45.— Mais pourrait-on au moins signifier un acte, soit protestatoire, soit conservatoire? *Q.* 46.]

V. *infrà*, Q. 41 *quater.*

IX. Cette disposition est absolument conforme à celle de l'art. 9 de la loi de 1790, parce qu'en effet nul changement ne pouvait avoir lieu sur cet objet.

Supp. alph., v^o *Just. de paix*, n. 34 et 35. Quid *de la caution judicatum solvi?*

42. *De ce que les parties doivent comparaître au jour fixé par la* convention, *s'ensuit-il que le juge de paix puisse donner défaut contre celle qui ne comparaîtrait pas?*

Nous pensons qu'il ne le peut qu'autant que les parties se seraient déjà présentées, auraient requis jugement, et seraient convenues, pour s'expliquer, d'un jour auquel l'une d'elles ne comparaîtrait pas.

Cette convention doit être constatée par un jugement préparatoire prononçant le renvoi; mais nous ne croyons pas que le juge de paix puisse autrement donner défaut, dans le cas même où l'une des parties justifierait d'un consentement donné par son adversaire à comparaître à un jour indiqué. En effet, l'art. 19 ne paraît autoriser le défaut que sur la représentation d'une citation.

[[Nous n'hésitons pas à adopter cette solution.]] **Supp.**, p. 7.

Add.—42 bis. *De ce que l'art. 9 porte que les parties comparaîtront par elles-mêmes ou par fondés de pouvoir, peut-on conclure qu'elles ne peuvent être assistées d'un défenseur, et, à plus forte raison, que le fondé de pouvoir ne puisse lui-même employer le ministère de ce dernier ?*

La réponse négative que nous avons faite à cette question, en parlant, dans notre *Traité des Justices de Paix*, t. 4, p. 589, de la comparution des parties devant le juge de paix tenant le tribunal de simple police, s'applique également aux matières civiles. Il serait, en effet, contraire à la liberté de la défense personnelle, qu'en justice de paix les parties ne pussent faire valoir leurs moyens de défense par l'organe d'un conseil. Au moins faudrait-il que la loi eût fait une exception expresse à la règle générale. Cette exception se trouvait établie, pour les affaires de simple police, par l'art. 361 de la loi du 3 brumaire an 4, l'art. 152 du Code d'instruction ne l'a pas répétée, et un arrêt de la Cour de cassation, du 20 novembre 1823 (*J. Av.*, t. 25, p. 358), a cassé un jugement de simple police, par le motif que le juge de paix avait refusé d'entendre le défenseur ou conseil de l'inculpé.

Ainsi donc, en juridiction civile, conformément à l'art. 9 du Code de procédure, comme en juridiction de simple police, conformément à l'art. 152 du Code d'instruction criminelle, on doit tenir pour certain, malgré deux décisions contraires de Son Excellence le garde des sceaux (1), 1° que le juge de paix peut et doit même admettre les parties qui comparaissent devant lui à se faire aider dans leur défense par des conseils, soit qu'elles comparaissent volontairement, soit qu'elles comparaissent sur citation; 2° qu'il en est de même lorsqu'elles sont représentées par un mandataire; mais il est entendu que, dans le cas où la partie qui ne comparaît point aurait choisi un conseil, un avocat, un avoué, par exemple, sans avoir institué de mandataire, ce conseil ne pourrait être écouté, s'il n'était pas porteur de pouvoir; car ces qualités d'avocat, d'avoué, ne peuvent dispenser de cette obligation. **Carr.**

[[Toutes ces réflexions sont très justes.]]

Add. — 42 ter. *Si la partie qui comparaît peut se faire assister d'un conseil, faut-il que ce conseil soit muni d'un pouvoir?*

Tout en admettant que les parties peuvent se faire assister d'un défenseur,

---

(1) Ces décisions, publiées en 1820 et 1824, ont été justement critiquées par M. Chauveau Adolphe, dans son *J. Av.*, t. 35, p. 317.

[Nous persistons dans notre opinion, et, quoique les travaux préparatoires de l'art. 18 de la loi du 25 mai 1838 révèlent l'intention bien manifeste d'attribuer au juge de paix assez de pouvoir pour maintenir les habitudes de décence et de probité parmi ceux qui fréquentent son audience en qualité de défenseurs des parties, nous croyons devoir décider, avec M. BENECH, p. 472 et suiv., que ce magistrat commettrait un excès de pouvoir si, directement ou *arbitrairement*, il refusait d'entendre le mandataire d'un justiciable. L'art. 9 du Code de procédure civile n'a été en effet ni abrogé, ni modifié par la nouvelle loi. *V.* Q. 42 *quater*.]

néanmoins on a élevé des doutes sur la question de savoir si, même dans le cas où elles comparaissent personnellement, ce conseil devait être muni de procuration. La solution de la *Question* précédente suppose implicitement la négative, et c'est en ce sens que les rédacteurs du *Constitutionnel* ont répondu à cette difficulté qui leur était présentée par un de leurs abonnés.

La première des procurations, ont-ils dit, c'est l'assistance de la partie. Ce n'est que lorsque la partie ne comparaît pas qu'elle ne peut être représentée que par un procureur fondé. Jamais le législateur n'a entendu priver une personne qui se rend devant un tribunal de paix ou de commerce de se faire assister d'un conseil qu'elle avoue, et ce conseil alors peut prendre la parole sans être muni de procuration.

L'intention du législateur est, au reste, exprimée d'une manière très claire dans l'art. 69 du Code de commerce, qui porte : *nul ne pourra plaider pour une partie devant ces tribunaux, si la partie présente à l'audience ne l'y autorise.*

Telle est aussi l'opinion que nous avons professée dans notre *Traité des Justices de Paix*, t. 4, p. 37, n° 2701. **Carr.**

[[Elle ne peut souffrir de difficulté.]]

[[42 quater. *Toutes personnes peuvent-elles également être chargées de représenter les parties devant le juge de paix?*

L'art. 1er du titre 3 de la loi du 24 août 1790 en avait positivement exclu toutes celles qui, à quelque titre que ce soit, sont attachées à des fonctions relatives à l'ordre judiciaire. Cette prohibition, ne se rencontrant plus dans le Code de procédure, était regardée comme virtuellement abrogée par son art. 1041.

Le besoin d'écarter du prétoire des juges de paix, les praticiens trop souvent disposés à neutraliser les bons effets de cette institution a porté les législateurs de 1838 à rechercher un moyen d'atteindre ce but; mais la difficulté d'y parvenir a fait ajourner toutes les mesures proposées à cet égard, et l'on s'est borné à interdire, par l'art. 18 de la loi du 25 mai 1838, le pouvoir de représenter ou d'assister les parties, aux huissiers du canton et à tous autres huissiers qui ne se trouvent point dans l'un des cas prévus par l'art. 86 du Code de procédure civile: on peut consulter le commentaire de M. BENECH, p. 461 et suiv., sur l'art. 18 de la nouvelle loi, et celui de M. VICTOR FOUCHER, p. 483 à 501.]] **Supp. alph.**, v° *Just. de paix*, n. 40 et s. *Quelle sanction?* Quid *des clercs?*

43. *La procuration pour comparaître en justice de paix doit-elle être spéciale?*

Nous répondrons, avec les auteurs du *Praticien*, t. 1, p. 152, qu'une procuration générale, qui, aux termes de l'art. 1988 du Code civil, renferme le mandataire dans les bornes d'une simple administration, ne serait pas suffisante. Il est des cas où une condamnation du juge de paix peut grièvement compromettre les intérêts d'une partie; par exemple, lorsqu'il s'agit d'actions possessoires : il faut donc que la volonté de cette partie soit clairement manifestée; mais, pourvu qu'elle le fût, il importerait peu que ce fût dans une procuration particulière ou générale. (*V.* DELAPORTE, t. 1, p. 32.) C'est en ce sens que M. BIRET, t. 1, p. 91, dit que le pouvoir est ou spécial ou *général*, dans les causes ou jugements.

[[Nous croyons qu'en effet le mandataire a besoin, pour citer en justice de paix, d'un pouvoir à fin de plaider.]]

44. *Quelle forme doit avoir la procuration pour comparaître devant le juge de paix?*

On pense généralement que, la loi n'ayant fixé aucune forme particulière, un pouvoir sous seing privé suffit, si l'acte qui le renferme est timbré et enregistré. Cependant, comme un tel acte ne garantit point avec certitude, à la partie adverse, qu'il émane en effet de celui du nom duquel il est souscrit, comme elle peut avoir à craindre le désaveu de la signature, nous pensons qu'elle pourrait, dans l'état, refuser de procéder; et ce serait alors au fondé de procuration à faire vérifier ou légaliser la signature reconnue, ou à se procurer un acte authentique. La partie adverse serait encore en droit d'exiger qu'il certifiât la signature du mandant. Mais, en tout cas, lorsque le pouvoir sous seing privé n'est pas récusé, il doit être remis au greffier pour être annexé à la minute du jugement.

Ces observations prouvent que le parti le plus prudent, afin d'éviter tout incident, est de faire dresser la procuration par-devant notaires. (*V.* LEVASSEUR, p. 50, n° 88; *Quest.* de LEPAGE, p. 73; PRATICIEN, t. 1, p. 152; *Bibliothèque du barreau*, 1810, p. 220, n° 20.)

[[MM. PIGEAU, *Comment.*, t. 1, p. 21, et THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 65, enseignent, avec raison, qu'il faut que le pouvoir soit écrit, et qu'un mandat verbal ou qui consisterait dans la remise de la citation ne serait pas suffisant. M Pigeau partage aussi l'opinion de M. Carré sur le droit qu'aurait la partie adverse d'exiger un mandat authentique; nous croyons, cependant, que le juge ne devrait pas se montrer rigoureux sur ce point. La Cour de Colmar a jugé, le 25 avril 1817, que les parties qui ont choisi, pour terminer leur différend, un juge de paix dont elles ne sont pas justiciables, peuvent se faire représenter devant lui par des mandataires porteurs de procurations sous seing privé (*J. Av.*, t. 5, p. 83.)]]

Add.—44 bis. *Le juge de paix peut-il ordonner la comparution personnelle d'une partie qui s'est fait représenter par un fondé de pouvoir?*

Nous adoptons l'affirmative de cette question, et la raison sur laquelle nous fondons notre solution, c'est que tout juge, lorsque la loi ne le défend pas expressément, peut user de tous les moyens qu'il estime utiles ou nécessaires pour éclairer sa religion. Or, la circonstance qu'une partie s'est fait représenter par un fondé de pouvoir ne saurait empêcher le juge de paix d'ordonner qu'elle comparaisse en personne, pour lui donner les éclaircissements qu'il désire pour son instruction. Les juges des tribunaux d'arrondissement ont cette faculté, quoique les parties soient nécessairement représentées devant eux, par des mandataires que la loi leur désigne (par des avoués): il n'y a donc aucun motif pour refuser cette même faculté à un juge de paix. **Carr.**

[[M. THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 64, fait la même réflexion, qui est pleine de justesse.]]

Add. — 44 ter. *Lorsque, le juge de paix ayant ordonné la comparution personnelle de la partie représentée par un fondé de pouvoir, celle-ci ne se présente pas, le jugement à intervenir doit-il être rendu par défaut?*

Nous appliquons, aux affaires civiles, la solution négative que nous avons donnée de cette même *question*, relativement aux affaires de simple police, dans notre *Traité des Justices de Paix*, t. 4, p. 586, n° 3397, et que nous avons motivée sur ce que, la loi autorisant les parties à se faire représenter par un mandataire, la désobéissance de la partie à l'ordonnance par laquelle il lui

a été enjoint de comparaître n'empêche pas que le jugement définitif ne doive être considéré comme rendu avec la partie elle-même, puisque le fondé de pouvoir la représente. Ce jugement doit être réellement réputé contradictoire.

Seulement, le juge de paix sera bien fondé, lors de son jugement définitif, à tirer de cette désobéissance à ses injonctions telles conséquences, telles inductions qu'il jugera convenables, et la partie, qui a à s'imputer la faute de ne s'être pas présentée pour donner au juge les explications dont il croyait avoir besoin, ne pourra se prévaloir de ce fait pour se pourvoir par opposition contre le jugement définitif. **Carr.**

[[Nous adhérons aux solutions de M. Carré.]]

Add.—44 quater. *L'interrogatoire sur faits et articles peut-il, comme la comparution, être ordonné en justice de paix?*
En supposant l'affirmative, quelle sera la forme d'y procéder?

Déjà nous avons répondu d'une manière affirmative à la première partie de cette question, mais sans motiver notre solution qui a été combattue par le motif que l'interrogatoire est, quant à ses formes, incompatible avec la procédure orale et sommaire des justices de paix, et qu'au fond, la comparution de la partie en personne produit, sans écritures et sans frais, les mêmes résultats.

Nous convenons que le motif sur lequel cette objection repose serait de nature à déterminer le législateur à interdire l'interrogatoire dans les justices de paix; mais les mêmes raisons qui l'ont fait admettre dans les tribunaux de commerce, où la procédure est la même (V. *Quest.* 1227), appuient notre opinion, et il faut considérer, d'ailleurs, que l'interrogatoire présente à celui qui l'obtient deux avantages que n'offre pas la comparution; il oblige rigoureusement le juge à poser à la partie adverse des questions qu'il serait libre de présenter, ou non, s'il n'avait ordonné qu'une simple comparution; et, d'un autre côté, si cette dernière ne se présente pas, ou refuse de répondre après s'être présentée, l'autre partie peut requérir et obtenir que les faits soient tenus pour avérés. Quant à la forme, il faut nécessairement se conformer aux dispositions du tit. 15, du liv. 2, du Code de procédure. **Carr.**

[[Nous partageons le sentiment de M. Carré.]] **Supp. alph**, v° *Just. de p.*, n. 60.

45. *De ce que la loi défend de signifier aucune défense, s'ensuit-il que les parties ne puissent lire une défense écrite?*

Non, sans doute, et il y a même des auteurs qui pensent qu'il ne leur est pas défendu de remettre au juge des mémoires instructifs. L'article n'exprime autre chose si ce n'est qu'on ne peut notifier aucune défense écrite, sous quelque titre que ce soit.

[[C'est-à-dire qu'un pareil écrit ne passerait point en taxe; mais nous ne pensons pas qu'on fût répréhensible pour l'avoir signifié. C'est aussi l'avis de M. THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 65.]]

46. *Mais pourrait-on au moins signifier un acte, soit protestatoire, soit conservatoire?*

Le juge doit considérer quel est l'objet de cet acte, dans quelles circonstances se trouvait la partie qui a été obligée de le faire; il doit en apprécier le mérite. En un mot, la loi voulant prévenir des frais inutiles, l'acte dont il s'agit ne doit être pris en considération qu'autant que son utilité serait bien démontrée. (DEMIAU, p. 19.)

[[Le juge doit, pour passer cet acte en taxe, se montrer sage appréciateur des circonstances.]]

ART. 10. Les parties seront tenues de s'expliquer avec modération devant le juge, et de garder en tout le respect qui est dû à la justice. Si elles y manquent, le juge les y rappellera d'abord par un avertissement; en cas de récidive, elles pourront être condamnées à une amende qui n'excèdera pas la somme de 10 francs, avec affiches du jugement, dont le nombre n'excèdera pas celui des communes du canton.

Loi du 18 oct. 1790, tit. 7, art. 3.—Code de pr., art. 88, 222, 781, nº 4.—C. d'inst. crim., art. 504, 505, 506.— [Carré, *Compétence*, 2e part., liv. II, tit. 3, art. 277, éd. in-8°, t. 4, p. 140, et *Q.* 278, t. 4, p. 150. — Carré, *Justices de paix*, t. 4, p. 38 à 42, nos 2703 à 2713. — Locré, t. 21, p. 178. — QUESTION TRAITÉE : De ce que le juge de paix peut ordonner, dans l'espèce de l'art. 10, l'affiche de son jugement à un nombre d'exemplaires qui n'excède pas celui des communes de son canton, doit-on conclure qu'on doive nécessairement apposer une affiche dans chaque commune? *Q.* 47.]

X. Il serait superflu d'exposer les motifs de cette disposition. On sent que tout doit annoncer à l'audience, soit de la part du juge, soit de la part des justiciables, le respect qui est dû à la justice, et qu'il doit appartenir au magistrat de réprimer de suite toute infraction à ce devoir.

[[Si les infractions sont d'une nature plus grave, il faut appliquer, suivant les cas, les art. 504, 505 et 506 du Code d'instr. crim. (*V.* PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 22.)]]

47. *De ce que le juge de paix peut ordonner, dans l'espèce de l'art.* 10, *l'affiche de son jugement à un nombre d'exemplaires qui n'excède pas celui des communes de son canton, doit-on conclure qu'on doive nécessairement apposer une affiche dans chaque commune?*

Il nous semble [[et cela est juste]] qu'il suit seulement des termes de l'article, qu'on ne peut faire placarder plus d'affiches qu'il n'y a de communes dans le canton : il appartient donc au juge de déterminer les lieux ou les endroits où doit se faire cette apposition, et il est bien entendu qu'il doit en être dressé procès-verbal par huissier. **Supp. alph.**, vº *Just. de paix*, n. 53 et s.

ART. 11. Dans le cas d'insulte ou irrévérence grave envers le juge, il en dressera procès-verbal, et pourra condamner à un emprisonnement de trois jours au plus.

Loi du 18 oct. 1790, tit. 7, art. 4. — C. d'inst. crim., art. 91, 181, 504, 505. — Code pénal, art. 222 et 223. — [Carré, *Comp.*, 2e part., liv. II, tit. 3, art. 277, éd. in-8°, t. 4, p. 140 et *Q.* 278, t. 4, p. 150. — Carré, *Justices de paix*, t. 4, p. 42, nº 2713. — Locré, t. 21, p. 178. — QUESTIONS TRAITÉES : Si le juge de paix ordonnait l'emprisonnement dans le cas de l'art. 11, sans dresser procès-verbal, pourrait-il être pris à partie? *Q.* 48.—L'art. 11 peut-il encore recevoir son application, en ce qui concerne la condamnation à l'emprisonnement de trois jours? *Q.* 49. — Le juge de paix peut-il condamner aux peines portées par l'art. 11, si les faits se passent ailleurs qu'à l'audience? *Q.* 50.]

XI. La loi de 1790 avait également prévu le cas d'insulte ou irrévérence; mais elle voulait que le prévenu fût jugé par le tribunal de district. Il était conforme à la règle générale, qui attribue à tout juge la police de ses audiences, d'accorder au juge de paix la faculté de prononcer lui-même la condamnation. (*V.* SIREY, t. 2. 1re part., p. 80.) **Supp. alph.**, vº *Just. de paix*, n. 61 et 62.

48. *Si le juge de paix ordonnait l'emprisonnement dans le cas de l'art.* 11, *sans dresser procès-verbal, pourrait-il être pris à partie?*

Nous pensons qu'il ne pourrait l'être que dans le cas où, d'après les circon-

stances, l'omission présenterait les caractères du dol; car, autrement, il ne se trouverait dans aucun des cas qui, d'après l'art. 505 du Code de procédure, donnent lieu à de semblables poursuites.

[[Nous ferons remarquer, sur cette question, que M. THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 68, semble accorder la voie de la prise à partie contre le juge de paix dans tous les cas où il y a eu lieu d'appliquer les dispositions des articles 10 et 11, parce que cette application, lorsqu'elle constitue un abus de pouvoir, donne lieu à des dommages-intérêts contre celui qui l'a prononcée, et rentre, par conséquent, dans le cas du § 3 de l'art. 505 du Code de proc. civ. La discussion, au Conseil d'État, des art. 10 et 11 autorise la décision de M. Thomine Desmazures. Cette discussion est ainsi rapportée au t. 21 de M. LOCRÉ, p. 180 : « M. Treilhard demande s'il y aura appel de l'ordonnance qui aura prononcé l'emprisonnement. M. l'Archichancelier dit que cette mesure est inutile, puisque, en cas de vexation et d'abus de pouvoir, la partie a la voie de la prise à partie. » On voit donc que, d'après M. l'Archichancelier, les ordonnances, rendues par le juge de paix dans les cas des art. 10 et 11, ne seraient pas sujettes à l'appel; la section du Tribunat était du même avis. (*V.* LOCRÉ, t. 21, p. 380.) Cependant la disposition de l'art. 12 présuppose l'idée contraire. M. Thomine Desmazures a donc fait sagement d'accorder concurremment les deux voies de l'appel et de la prise à partie.]]

49. *L'art.* 11 *peut-il encore recevoir son application, en ce qui concerne la condamnation à l'emprisonnement de trois jours?*

M. Biret, v° *Audience*, décide pour la négative, par la raison que les peines établies par le Code pénal, postérieur au Code de procédure, contre ceux qui outragent ou insultent les magistrats en fonctions, sont absolument des peines correctionnelles, que les juges de paix ne peuvent prononcer.

Il est vrai que les peines portées au Code pénal, art. 222 et 223, sont des peines correctionnelles, puisqu'elles excèdent cinq jours d'emprisonnement et 15 fr. d'amende; mais il faut remarquer qu'elles sont prononcées pour outrages faits aux juges, par paroles tendant à inculper leur honneur ou leur délicatesse, ou par gestes ou menaces. L'art. 11 parle d'insultes ou irrévérences graves. Mais toute insulte ou irrévérence peut n'avoir pas le caractère d'outrage; et dans ce cas le juge de paix, sans contrevenir aux dispositions du Code pénal, peut, dans notre opinion, appliquer celles qui sont prononcées par l'art. 11.

Nous ne dirons donc pas, comme l'auteur précité, qu'en ce cas, le juge de paix doit se borner à dresser procès-verbal, comme officier de police judiciaire, des injures qui peuvent lui être faites, et *à adresser ce procès-verbal au procureur du roi*, pour qu'il poursuive correctionnellement les coupables; et qu'ainsi les art. 10 et 11 se trouvent réduits à donner au juge la simple faculté de condamner à l'amende, pour le manque de respect pendant la tenue de l'audience. Ce ne serait donc qu'en cas d'outrage, que le juge de paix aurait à dresser procès-verbal, et à agir comme M. Biret le conseille.

[[Nous partageons l'avis de M. Carré.]]

50. *Le juge de paix peut-il condamner aux peines portées par l'art.* 11, *si les faits se passaient ailleurs qu'à l'audience?*

Nous pensons ici, comme M. Biret (*ibid.*), que la loi n'investit le juge de paix du droit de réprimer l'indécence et l'insulte, même personnelle, que *pendant la tenue de ses audiences*, et qu'on ne peut conséquemment étendre cette faculté à des faits qui se passeraient ailleurs. Mais alors il dresserait procès-

verbal pour constater ces faits, et le remettrait au commissaire de police ou au procureur du roi, suivant qu'ils constitueraient une contravention ou un délit.

Add. — Cette solution est fortement critiquée par M. Chauveau Adolphe (*J. Av.*, t. 16, p. 572), dans les termes suivants :

« Si M. Carré a voulu dire que le juge de paix ne jouit du pouvoir que lui donne l'art. 11 du Code de procédure que lorsqu'il est sur son siége au lieu ordinaire de ses audiences, nous ne sommes pas de son avis. Les audiences du juge de paix peuvent se tenir chez lui; il peut entendre des témoins sur les lieux contentieux, et il semblerait, d'après l'art. 39, qu'il pourrait, immédiatement après l'enquête et sur les lieux mêmes, prononcer son jugement. L'art. 42 le dit positivement dans le cas d'une visite des lieux.

« Ainsi, d'après ces dispositions, l'audience du juge de paix se tient partout où il entend les parties, partout le même respect doit l'entourer; partout les mêmes pouvoirs doivent lui être donnés pour faire maintenir son autorité; ses pouvoirs doivent être d'autant plus conservés que, hors de son siége et du tribunal ordinaire, non revêtu des marques de sa dignité, dans une audience en plein vent, le magistrat peut ne pas trouver tout le respect qui lui est dû. D'ailleurs, si on consulte les termes de l'art. 10, ils ne sont pas contraires à notre opinion : « Les parties, dit-il, seront tenues de s'expliquer avec modération devant le juge. » L'article ne dit pas *à l'audience;* assurément, nous ne sommes pas partisans de ces dispositions de lois qui laissent au juge offensé le soin de punir l'offense; nous comprenons qu'il pourra arriver des cas où la susceptibilité fera réprimer comme une offense ce qu'une dignité bien entendue n'aurait pas relevé; mais, puisque la loi est telle, il faut l'appliquer.

« Nous pensons donc que, dans les cas que nous avons posés, le juge a les pouvoirs que lui confèrent les art. 10 et 11; c'est ce qu'a décidé un arrêt de la Cour de cassation, du 17 thermidor an X (*J. Av.*, t. 16, p. 572). Il n'y aurait donc tout au plus lieu à dresser le procès-verbal dont parle M. Carré que dans le cas où le juge, en se transportant sur les lieux, serait insulté par un passant; et encore, dans ce cas, pourrait-on contester qu'il fût dans l'exercice de ses fonctions, et que, par conséquent, son procès-verbal fît foi. »

Quelque fondées que ces objections puissent sembler au premier aspect, nous ne les croyons pas assez décisives pour rétracter notre opinion; et d'abord, nous expliquant sur le doute que M. Chauveau commence par manifester, nous déclarons que nous avons entendu borner l'application des articles 10 et 11 au cas où le juge de paix siége publiquement, soit au lieu ordinaire de ses audiences, soit chez lui. Ainsi, nous maintenons que toutes les fois qu'il fait à huis-clos un acte de son ministère, il ne peut, dans les cas prévus par les art. 10 et 11, prononcer les condamnations que ces articles n'autorisent que dans la seule considération de la tenue et de la police de l'audience. C'est ce que prouve la rubrique du titre qui les renferme; et d'ailleurs, ce n'est pas par des arguments fondés sur une identité de motifs, des raisons de convenance, des inductions, c'est sur des dispositions précises que l'on peut établir la compétence d'un juge, surtout lorsqu'il s'agit, comme dans l'espèce présente, de la faire sortir du cercle ordinaire tracé par les règles générales. Si les art. 10 et 11 ont attribué au juge de paix, exerçant ici la juridiction civile, une compétence qui, par sa nature, appartient à la juridiction criminelle, leurs dispositions sont exceptionnelles dans toute la force du terme; or, les exceptions ne s'étendent pas.

Par ces considérations, nous avons dit, dans notre *Traité des justices de paix* (t. 3, p. 129), que le juge, tenant les conseils de famille, où le public n'est pas

admis, ne pouvait par lui-même réprimer les injures qui lui auraient été personnellement adressées, et devait se borner à dresser procès-verbal, ainsi que nous l'avons dit sur la *Quest.*, 50.

Cependant, il ne résulte pas de là qu'il n'ait, en aucun des autres cas dans lesquels il exerce sa juridiction, le droit de prononcer *de plano* des condamnations contre ceux qui la troubleraient. L'art. 504 du Code d'instruction criminelle l'y autorise formellement dans tous ceux où, à l'audience ou en tout autre lieu, il s'élèverait, « dans le cours d'une instruction à laquelle il procéderait publiquement, un tumulte accompagné d'injures ou voies de fait, donnant lieu à l'application ultérieure de peines correctionnelles ou de simple police. » (1)

Ainsi se trouve rempli, en vertu de la loi elle-même, le but que M. Chauveau n'atteindrait que par une extension que nous ne croyons pas permis de donner aux dispositions des art. 10 et 11 du Code de procédure civile.

Concluons donc que toutes les fois que le juge de paix ne tient pas audience publique ou ne procède pas publiquement à un acte de sa juridiction, il ne peut, comme nous l'avons dit sur notre 50e *Question*, que dresser procès-verbal qui constate les faits, et qui est remis au commissaire de police ou au procureur du roi, suivant qu'ils constituent une contravention ou un délit. **Carr.**

[[Il nous semble difficile de signaler une grande différence entre l'opinion par nous émise, et les explications que M. Carré donne ici de la sienne.]]

Art. 12. Les jugements, dans les cas prévus par les précédents articles, seront *exécutoires par provision.*

Infrà, art. 17, 18. — Carré, *Comp.*, 2e part., liv. III tit. 4, art. 418, à la note, éd. in-8°, t. 7, p. 439. — Carré, *Justices de paix*, t. 4, p. 42, n° 2714. — Locré, t. 21, p. 380. — QUESTION TRAITÉE : Dans quel délai doit être interjeté l'appel des jugements rendus conformément aux art. 10 et 11? *Q.* 50 *bis.*]

XII. D'après cette disposition, tout jugement rendu dans les cas prévus est sujet à l'appel, et s'exécute nonobstant le pourvoi du condamné (2).

[[*V.* nos observations sur la *Quest.* 48.]]

---

(1) V. *Traité des lois d'organisation et de compétence*, *Quest.* 276.

(2) Mais on se demande si l'appel n'est pas illusoire, pour le cas où le jugement à prononcé l'emprisonnement?... Nous répondons qu'une condamnation injuste à cette peine peut donner lieu à des dommages-intérêts. Ainsi l'appel serait utile à l'effet de les obtenir, et c'est pour cela que la loi l'autorise. D'un autre côté, lorsque le jugement n'a pas prononcé l'emprisonnement, mais seulement une amende, il n'y a nulle difficulté, et l'on ne peut prétendre que le Code d'instruction ait abrogé l'art. 12, en ce qu'il n'autorise l'appel du jugement de simple police qu'autant qu'il y a condamnation à emprisonnement ou à réparation excédant 5 fr. (*V.* art. 172.)

Sous ce rapport, la loi criminelle laisse subsister l'art. 12 du Code de procédure, non-seulement parce qu'une disposition portée pour un cas, dans une loi d'un ordre différent, ne peut abroger tacitement les dispositions d'une loi d'un autre ordre, mais encore parce qu'il y a, dans le cas prévu par les art. 10 et 11, une raison particulière pour accorder la voie d'appel, et cette raison est que le juge de paix ne pourrait, sans injustice, être autorisé à juger en dernier ressort sur un fait où il est pour ainsi dire juge et partie.

C'est aussi ce qui résulte d'un arrêt de la Cour de cassation, annoté au *Dictionnaire des arrêts modernes*, v° *Peine*. Il décide en effet que l'amende de 10 fr., prononcée par l'art. 10, est *une peine de police*, qui peut être prononcée par les juges de paix, jugeant *en tribunal civil de paix ;* mais que l'appel de son jugement doit être porté au tribunal de police correctionnelle de l'arrondissement.

Add. — M. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 23, se fondant sur la disposition de l'article 505 du Code d'instr. crim., dit que, si le fait est simple contravention, la peine étant peine de simple police, le jugement est en dernier ressort.

En cela, l'auteur confond le cas de tumulte, accompagné d'injures et voies de fait, auquel s'applique cet article, avec ceux de simple manquement ou d'injures et irrévérences prévus par les art. 10 et 11; nous maintenons donc, par les raisons énoncées dans notre note, que l'art. 505 du Code d'instruction criminelle, n'a point dérogé à l'art. 12, d'après lequel l'appel est recevable même contre le jugement rendu pour simple manquement aux termes de l'art. 10. **Carr.**

[[Cette critique nous paraît juste.]]

[[**50** bis. *Dans quel délai doit être interjeté l'appel des jugements rendus conformément aux art.* 10 *et* 11 ?

Puisque l'arrêt de la Cour de cassation, cité par M. Carré à la note du Commentaire de l'art. 12, a jugé que l'appel de ces jugements, quoique rendus par un magistrat siégeant au tribunal civil de paix, devait être porté, non pas au tribunal civil d'arrondissement, mais au tribunal correctionnel, attendu que les peines de dix francs d'amende, ou d'un emprisonnement de trois jours, sont des peines de simple police; il s'ensuit, par une conséquence nécessaire, que le délai d'appel est déterminé par l'art. 174 du Code d'instruction criminelle, c'est-à-dire que le recours doit être interjeté dans les dix jours de la notification du jugement à personne au domicile, le onzième jour après cette notification, et non le douzième. Tel est aussi l'avis que nous avons trouvé indiqué dans les notes manuscrites de M. Carré.]]

ART. 13. Les parties ou leurs fondés de pouvoir seront entendus *contradictoirement* (1). La cause sera jugée sur-le-champ, ou à la première audience. Le juge, s'il le croit nécessaire, se fera remettre les pièces.

[Notre Comm. du tarif, t. 1, p. 14 et 15, nos 11 à 19.]—Loi du 18 oct. 1790, tit. 3, art. 6. — C. de pr., art. 7, 9, 10, 15 et 19 —[Carré, *Comp.*, 2e part., liv. 1er, tit. 1er, art 12, *Q.* 38, éd. in-8°, t. 1er, p. 250. —Carré, *Justices de paix*, t. 4, p. 43 à 45, nos 2715 à 2720.—QUESTIONS TRAITÉES: Lorsque toutes les causes ne peuvent être discutées dans la même audience, sont-elles renvoyées de plein droit à la prochaine? *Q.* 51.—Le juge de paix devant juger sur-le-champ ou à la première audience, s'ensuit-il qu'il lui soit interdit de prononcer successivement plusieurs remises de la même cause, d'une audience à l'autre? *Q.* 52.—Le juge de paix est-il tenu de juger sur-le-champ la cause, lorsque les parties se présentent volontairement, ou que la citation a été donnée pour un jour qui n'est pas celui de l'audience ordinaire? *Q.* 53—Lorsque le juge de paix se fait remettre les pièces, ou, ce qui est la même chose, quand il ordonne un délibéré, doit-il se livrer, audience tenante, à leur examen, et peut-il prononcer le jugement hors la présence des parties? *Q.* 54. — Si l'une des parties ne remet point ses pièces, qu'arrive-t-il? *Q.* 54 *bis.*]

51. *Lorsque toutes les causes ne peuvent être discutées dans la même audience, sont-elles renvoyées de plein droit à la prochaine ?*

Nous pensons qu'on doit en prononcer successivement le renvoi, afin de constater la présence des parties, et d'opérer les effets que la loi attache à cette présence. (V. *Biblioth. du barr.*, 1810, p. 221, 1re part.)

---

(1) Le mot *contradictoirement* s'explique par la signification légale du mot *contradictoire*, lequel s'entend de tout ce qui se fait en présence des parties intéressées. Ainsi, le législateur exprime ici par ce terme que le demandeur doit être entendu en présence du défendeur; c'est ce que l'on nomme *contradictoire défense*. Un jugement n'est *contradictoire* qu'autant qu'il est rendu après semblable défense.

[[C'est aussi l'opinion de M. THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 69. La citation ayant dû être donnée à jour et à heure fixes, elle deviendrait sans effet si un envoi formel n'avait pas été prononcé.]]

52. *Le juge de paix devant juger sur-le-champ ou à la première audience, s'ensuit-il qu'il lui soit interdit de prononcer successivement plusieurs remises de la même cause d'une audience à l'autre?*

Non; il peut prononcer ainsi plusieurs remises, pourvu toutefois que la nécessité de ces jugements préparatoires soit démontrée : autrement, il pourrait être pris à partie pour déni de justice.

En tous cas, il doit avoir soin de ne pas prolonger la cause au-delà de quatre mois après un interlocutoire, puisque l'art. 15 déclare la péremption acquise à l'expiration de ce délai.

Mais on sent que le juge de paix n'est que bien rarement obligé de prononcer plusieurs remises, et que cela n'arrive que dans le cas où le délai est nécessaire pour des garanties, des enquêtes, accès de lieux, examens de pièces, etc.

[[La loi ne veut point gêner la conscience du juge; elle lui demande une justice prompte, mais non précipitée.]]

53. *Le juge de paix est-il tenu de juger sur-le-champ la cause, lorsque les parties se présentent volontairement, ou que la citation a été donnée pour un jour qui n'est pas celui de l'audience ordinaire?*

Les auteurs des *Annales du Notariat* semblent adopter l'affirmative (*Comm.*, t. 1, p. 43). Ils pensent que la faculté de ne juger *qu'à la première audience* n'est que pour le cas où la citation a été donnée au jour de l'audience ordinaire.

Nous ne croyons pas devoir admettre cette distinction, et nous pensons au contraire que le juge de paix peut, dans tous les cas, remettre le jugement *à la première audience*. L'art. 7, relatif à la comparution volontaire, ne dit rien de contraire, et l'art. 13 donne, sans exception, au juge de paix, la faculté d'ordonner un délibéré.

Or, dans une affaire soumise au juge par le consentement des parties qui comparaissent volontairement, il peut être aussi nécessaire de délibérer que dans une affaire introduite par citation. Imposer au juge l'obligation de décider sur-le-champ la première, ce serait souvent exiger l'impossible.

[[Les parties qui comparaissent volontairement peuvent désirer une décision plus expéditive. On ne doit pas toutefois, dans l'intérêt d'une bonne justice, ôter au juge la faculté de délibérer.]]

54. *Lorsque le juge de paix se fait remettre les pièces, ou, ce qui est la même chose, quand il ordonne un délibéré, doit-il se livrer, audience tenante, à leur examen, et peut-il prononcer le jugement hors la présence des parties?*

La loi du 18 octobre prescrivait au juge de paix de faire de suite l'*examen des pièces;* mais, cette obligation ne lui étant pas imposée par le Code, nous estimons qu'il est libre, en ordonnant le délibéré, de fixer le jour auquel il rendra son jugement définitif, pour examiner chez lui les pièces dans l'intervalle.

---

(1) V. *Journal de M. de Foulan*, t. 5, p. 312, et surtout les observations du rédacteur, p. 317.

Nous ne voyons, au reste, aucune raison de décider que la présence des parties soit nécessaire lors de la prononciation du jugement. (BIRET, t. 1, p. 81, Comm. des *Ann. du Not.*, t. 1, p. 44.)

Add. — Nous supposons qu'en ordonnant un délibéré le juge de paix doit s'il ne pense pas pouvoir rendre jugement, fixer le jour auquel il le prononcera. M. PIGEAU, *Comm.*, t.1, p.25, dit au contraire qu'il n'est pas besoin de désigner le jour, que les parties apprendront le jugement quand il sera rendu Cette opinion ne nous semble fondée sur aucun motif. Qu'il soit vrai que le défaut d'indication de ce jour n'opère pas nullité, toujours est-il juste que les parties soient mises à même d'être présentes à la prononciation du jugement et qu'elles sachent à quelle audience elle aura lieu. Il serait contraire aux principes de l'administration de la justice que le juge de paix maintînt à son gré les parties dans une incertitude, toujours pénible, de l'époque à laquelle leurs discussions seront terminées. **Carr.**

[[Ces observations nous paraissent fondées.]]

Add.—Au surplus, nous pensons qu'il n'est pas nécessaire, pour la validité du jugement rendu après délibéré, qu'il soit prononcé en présence des parties. Il s'ensuit, comme le décide un arrêt de la Cour de cassation, du 22 mars 1825 (*J. Av.*, t. 29, p. 191), que ce jugement, prononcé à une autre audience que celle où les parties ont pris leurs conclusions et ont plaidé, ne cesse pas d'être contradictoire parce que l'une d'elles n'aurait pas assisté à la prononciation, et que, si le juge de paix, à raison de cette circonstance, avait par erreur déclaré rendre ce jugement par défaut contre la partie absente, l'opposition ne serait pas recevable (1). **Carr.**

[[Cette décision est également conforme aux principes.]]

[[54 bis. *Si l'une des parties ne remet point ses pièces, qu'arrivera-t-il?*

Si cette partie a comparu, le jugement n'en sera pas moins contradictoire, quoique rendu sur les pièces de l'autre. Si elle a fait défaut, le jugement sera susceptible d'opposition. Mais, dans aucun cas, le jugement qui ordonne la remise des pièces ne doit être ni levé, ni signifié, ni suivi d'aucune procédure pour son exécution. *V.*, sur tous ces points, l'opinion conforme de M. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 25.]]

ART. 14. Lorsqu'une des parties déclarera vouloir *s'inscrire en faux* (1), déniera l'écriture (2), ou déclarera ne pas la reconnaître (3), le juge lui en donnera acte ; il paraphera la pièce, et renverra la cause devant les juges qui doivent en connaître.

Tarif 7.—[Notre Comm. du Tarif, t. 1, p. 15. nos 20 et 21.] — Déclaration du 15 mai 1703. — Ordonn. de 1670, tit. 1er, art. 20. — *Infrà*, art. 193, 214, 427, 473. — [Notre Dict. gén. de proc., vo *Juge de paix*, nos 74 et 75. — Arm. Dalloz, vo *Faux incident*, nos 291 à 294. — Carré, *Camp.*, 2e part., liv. 2, tit. 3, art. 276, no CLXXVIII, à la note, éd. in-8o, t. 4, p. 137, et 2e part., liv. II, tit. 4, art. 286, *Q.* 322, éd. in-8o, t. 4, p. 378. — Carré, *Justices de paix*, t. 4, p. 46 à 48, nos 2721 à 2727. — QUESTIONS TRAITÉES : Lorsque la cause a été renvoyée au tribunal, pour vérification d'écriture ou inscrip-

(1) *S'inscrire en faux* c'est passer une déclaration judiciaire par laquelle on maintient qu'une pièce est fausse, et l'on contracte l'obligation de le justifier. (*V.* art. 218.)

(2) *Dénier* l'écriture d'un acte ou d'une signature y apposée c'est soutenir que l'écriture ou la signature n'est pas le fait de celui dont la partie qui oppose l'acte prétend qu'elle est émanée.

(3) La dénégation d'écriture est toujours affirmative, mais la déclaration de non-reconnaître ne l'est pas absolument; elle laisse un doute sur la possibilité que la pièce supposée soit réellement l'ouvrage de celui auquel on l'attribue.

tion de faux, ce tribunal est-il en même temps saisi de la connaissance du fond? *Q.* 55. — Si le juge de paix croit que la pièce arguée de faux ou méconnue n'est pas nécessaire à la décision de la cause, doit-il cependant se conformer aux dispositions de l'art. 14? *Q.* 56. — Quelle est la forme suivant laquelle la partie doit faire, en justice de paix, la déclaration de s'inscrire en faux? *Q.* 56 *bis.* — Que devrait faire le juge de paix, si le porteur de la pièce arguée de faux ou dont la vérification est demandée refusait de la présenter pour que ce juge y apposât son paraphe? *Q.* 56 *ter.* — De ce que l'art. 14 n'ordonne le renvoi que pour dénégation ou méconnaissance d'écriture et inscription de faux, s'ensuit-il que l'on puisse citer devant le juge de paix en reconnaissance d'écriture? *Q.* 56 *quater.*]

55. *Lorsque la cause a été renvoyée au tribunal pour vérification d'écriture ou inscription de faux, ce tribunal est-il en même temps saisi de la connaissance du fond?*

Tous les auteurs, à l'exception de M. Lepage, dans ses *Quest.*, p. 74, et de M. Dumoulin, dans la *Bibliothèque du barreau*, 1810, p. 221, pensent que, par suite de ce renvoi, la cause n'est que suspendue devant le juge de paix qui en est ressaisi après le jugement de première instance sur l'incident.

M. Lepage s'appuie, entre autres raisons, sur ce que l'article porte que *la cause sera renvoyée;* ce qui suppose, suivant lui, renvoi de tout ce qui la constitue, principal et incident. Aux raisons alléguées par les auteurs qui soutiennent l'opinion contraire nous en ajouterons une puisée dans ces termes mêmes de l'art. 14 : *il renverra la cause devant les juges qui en doivent connaître*, il paraît certain, d'après ces expressions, que le législateur n'a entendu parler que du renvoi de l'incident.

En effet, le juge de paix est le seul juge compétent pour connaître du principal ; donc, en disant, à l'occasion d'une vérification d'écriture ou d'une inscription de faux, que ce juge *renverra la cause* devant les juges qui doivent en connaître, la loi n'a entendu parler que de l'incident.

[[M. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 29, se prononce formellement pour l'opinion de M. Carré. Il fait remarquer que l'art. 1015 du Code de proc. civ., au titre *des Arbitrages*, et l'art. 427, pour les tribunaux de commerce, tout en prononçant un semblable renvoi lorsque l'incident en vérification ou en faux se présente devant ces juridictions, supposent néanmoins qu'elles ne sont point dessaisies du fond de l'affaire. Il est donc manifeste, d'après cet auteur, que, dans l'esprit et l'intention de la loi, le tribunal exceptionnel ne devient incompétent que pour l'incident; que le jugement du fond ne cesse pas de lui appartenir : les mêmes principes doivent être appliqués aux juges de paix, puisque l'art. 14 n'a rien qui s'y oppose d'une manière explicite.

MM. THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 70, et BOITARD, t. 2, p. 399 et suiv., pensent, au contraire, que la cause entière, l'incident et le fond, doivent à la fois être renvoyés devant le tribunal civil, et que le juge de paix se trouve dessaisi pour le tout. Ces auteurs invoquent, à l'appui de leur opinion, précisément l'art. 427 que M. PIGEAU propose à l'appui de sa doctrine, et de ce que cet article a une disposition particulière pour indiquer que le tribunal de commerce doit retenir le fond, disposition qui ne se retrouve pas dans l'art. 14, ils concluent qu'il y a lieu de traiter différemment les deux cas.

Ils font d'ailleurs sentir les motifs de la différence. Que le tribunal civil ne puisse juger le fond d'une cause pendante devant un tribunal de commerce rien de plus conforme aux principes; car il est incompétent à raison de la matière. La décision des juges consulaires n'aurait dû, dans aucun cas, lui être déférée en cause d'appel. Il sortirait du cercle de ses attributions, s'il en connaissait.

Mais, lorsqu'il s'agit d'une cause portée devant un juge de paix, elle est toujours relative à des objets qui rentrent essentiellement, par leur nature, dans la compétence du tribunal civil; celui-ci, d'ailleurs, est très souvent appelé à en connaître en dernier ressort : n'est-il pas naturel que, saisi de l'incident, il

juge le fond qui peut-être lui serait revenu plus tard? N'y a-t-il pas toujours économie de temps, de frais et de procédure?

Ces raisons toutefois ne nous paraissent que spécieuses, et nous adoptons l'opinion de M. Carré.]] **Supp., alph.**, v° *Just. de paix*, n. 70 et 71.

56. *Si le juge de paix croit que la pièce arguée de faux ou méconnue n'est pas nécessaire à la décision de la cause, doit-il cependant se conformer aux dispositions de l'art.* 14?

Il est incontestable que l'inscription de faux n'est admissible qu'autant que le sort de la contestation principale dépend de la vérité ou de la fausseté de l'acte. Il en est de même, à notre avis, de la vérification d'écriture; il serait évidemment inutile de vérifier une pièce qui ne pourrait avoir aucune influence sur le jugement du fond. (*Rép.*, v° *Inscription de faux.*)

Mais ces décisions n'ont été jusqu'à présent appliquées qu'à des tribunaux de première instance; doivent-elles l'être également aux affaires qui sont de la compétence du juge de paix?

C'est l'opinion des auteurs des *Annales*, t. 1, p. 45. Si, disent-ils, la pièce arguée de faux ou méconnue n'est pas d'une nécessité absolue pour la décision de la cause, le juge de paix devra, sans s'y arrêter, rendre son jugement, sauf aux parties à faire ce qu'elles jugeront convenable pour faire prononcer sur cette pièce.

On objecte que, si le tribunal de première instance peut juger le fond sans s'arrêter à la demande en vérification ou en inscription de faux, c'est parce qu'il lui appartient de statuer sur cette demande comme sur le fond; qu'il n'en est pas ainsi du juge de paix, qui doit renvoyer les parties devant le tribunal dès qu'une pièce est méconnue ou arguée de faux, puisque l'art. 14 ne fait aucune distinction.

Nous trouvons la réponse à cette objection dans la maxime, *frustra probatur quod probatum non relevat.*

Il serait inutile que le juge de paix renvoyât au tribunal de première instance, pour procéder à une vérification ou à une inscription de faux qui, en définitive, ne devrait avoir aucune influence sur la décision du fond.

Il pourrait d'ailleurs arriver que le tribunal refusât d'admettre les parties à poursuivre sur de tels incidents, parce qu'il penserait lui-même que cette poursuite serait inutile; et il résulterait de là qu'il prononcerait sur une question qui n'appartient évidemment qu'au juge du fond, c'est-à-dire au juge de paix.

L'art. 14 ne contient rien de contraire à cette décision : le législateur a voulu seulement que le juge de paix, lorsqu'il croirait indispensable qu'il fût préalablement statué sur la contestation d'écriture, ne pût procéder ou statuer lui-même sur cet incident.

L'art. 427 le prouve, puisqu'il autorise évidemment les tribunaux de commerce à prononcer sur le fond sans avoir égard à la dénégation d'écriture ou à l'inscription de faux, s'ils ne pensent pas que la pièce soit utile pour la décision (V. *infrà*, sur l'art. 427).

[[Cette opinion, incontestable, est partagée par M. THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 69.]]

Add.—56 bis. *Quelle est la forme suivant laquelle la partie doit faire, en justice de paix, sa déclaration de s'inscrire en faux?*

Par argument de l'art. 215, cette déclaration doit avoir été précédée d'une sommation à celui qui produit la pièce contre laquelle elle serait dirigée, de

s'expliquer lui-même sur le point de savoir s'il prétend ou non se servir de cette pièce. Mais, en justice de paix, cette sommation peut se faire à l'audience et de vive voix, de même que la déclaration, si les parties sont en présence; sinon la sommation est notifiée par acte extrajudiciaire. Quant à la déclaration, elle est signée par la partie sur la feuille d'audience, et le tout est relaté dans le jugement de renvoi de l'incident au tribunal compétent. **Carr.**

[[Cette procédure est aussi indiquée, et avec raison, par M. PIGEAU, *Comm.*, t. 1 p. 26.]]

Add.—56 ter. *Que doit faire le juge de paix, si le porteur de la pièce arguée de faux, ou dont la vérification est demandée, refuse de la présenter, pour que ce juge y appose son paraphe?*

Le juge de paix doit d'abord constater ce refus; il décerne ensuite une cédule, en vertu de laquelle cette partie est sommée de présenter la pièce aux jour, lieu et heure indiqués. Si elle satisfait, le juge doit parapher la pièce et dresser procès-verbal, afin de constater que c'est bien celle dont l'examen est renvoyé au tribunal, et d'empêcher qu'on n'en substitue une autre. Dans le cas au contraire où le porteur n'obéit pas à la sommation, la partie adverse l'assigne pour voir dire que son refus sera pris pour la déclaration formelle de ne pas entendre se servir de la pièce; le juge de paix prononce, en conséquence, sur le fond, comme s'il y avait eu à ce sujet une déclaration formelle. **Carr.**

[[Ces décisions sont également conformes à celles de M. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 27, et nous les adoptons.]]

Add.—56 quater. *De ce que l'art. 14 n'ordonne le renvoi que pour dénégation ou méconnaissance d'écriture et inscription de faux, s'ensuit-il que l'on puisse citer devant le juge de paix en reconnaissance d'écriture?*

Oui, sans doute, mais dans une cause de sa compétence; alors, ou le défendeur fait défaut, ou il reconnaît l'écrit. Dans le premier cas, le juge prononce que cet écrit sera tenu pour reconnu; dans le second, il donne acte de la reconnaissance, et statue ensuite sur les difficultés qui peuvent s'élever entre les parties.

Il est bon de remarquer que le délai pour comparaître sur la demande en reconnaissance n'est pas celui de trois jours, prescrit par l'art. 193 lorsque cette demande est formée devant un tribunal civil d'arrondissement, mais celui d'un jour, fixé par l'art. 5, comme délai général des citations en justice de paix. **Carr.**

[[*V.* encore, dans le même sens, qui ne peut souffrir de difficulté, M. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 28.]] **Supp., alph.**, v° *Just. de paix*. n. 69.

ART. 15. Dans les cas où un interlocutoire aurait été ordonné, la cause sera jugée définitivement, au plus tard dans le délai de quatre mois du jour du jugement interlocutoire. Après ce délai, l'instance sera périmée de droit: le jugement qui serait rendu sur le fond sera sujet à l'appel, même dans les matières dont le juge de paix connaît en dernier ressort, et sera annulé sur la réquisition de la partie intéressée.

Si l'instance est périmée par la faute du juge, il sera passible des dommages et intérêts.

[Notre Comm. du Tarif, t. 1, p. 15, nos 22 et 23.] — Loi du 26 oct., tit. 7, art. 7.— *Infrà*, art. 397 404, 505, n° 3. — [Notre Dict. gén. de proc., v° *Juge de paix*, nos 138 à 146; *Péremption*, nos 97 120, 149, 150, 192.—Devilleneuve, v° *Péremption*, nos 115 à 121. — Arm. Dalloz, v° *Péremption* nos 309 à 324.—Carré, *Justices de paix*, t. 1. p. 48 à 53, nos 2728 à 2738. — QUESTIONS TRAITÉES L'art. 15 est-il applicable en matière de douanes? *Q.* 57. — La péremption est-elle acquise à partir du jour de la citation, lorsque le juge n'a pas prononcé d'interlocutoire? *Q.* 58. — Quel doit être l'objet de l'interlocutoire pour qu'il fasse courir le délai de la péremption? *Q.* 59.—La péremption peut-elle être acquise, si l'interlocutoire a été prononcé par un juge incompétent? *Q.* 60. — Si un jugement préparatoire avait été rendu, ne serait-ce qu'à partir de ce jugement que courrait la péremption? *Q.* 61.—La péremption court-elle du jour de la prononciation d'un interlocutoire, tant à l'égard des jugements contradictoires qu'à l'égard des jugements rendus par défaut? *Q.* 61 *bis*. — Mais après le renvoi pour vérification d'écriture ou pour inscription de faux, l'instance tomberait-elle en péremption s'il n'intervenait pas de jugement définitif après les quatre mois? *Q.* 62. — Mais est-il bien vrai que le jugement qui prononce le renvoi de l'incident en vérification d'écriture ou en inscription de faux soit un jugement interlocutoire? *Q.* 62 *bis*. — Lorsque le juge de paix ordonne successivement plusieurs interlocutoires, les quatre mois ne courent-ils que du jour du dernier de ces jugements? *Q.* 63.—L'instance étant suspendue par le décès d'une partie, à partir de quelle époque continue le délai de la péremption? *Q.* 64.—La péremption aurait-elle lieu, s'il n'avait pas dépendu du demandeur d'obtenir jugement dans les quatre mois? *Q.* 65. — L'appel du jugement interlocutoire a-t-il pour effet d'interrompre le cours de la péremption? à partir de quelle époque recommence-t-elle à courir? *Q.* 65 *bis*. — Lorsque le délai des quatre mois est expiré, le juge de paix pourrait-il du moins rendre jugement par lequel il se déclarerait incompétent? *Q.* 66. — Mais l'art. 7 de la loi de 1790 prononçait l'extinction de l'action dans le cas où la péremption était acquise; en serait-il de même sous l'empire du Code? *Q.* 67. — Les parties en procédant postérieurement à la péremption acquise, en font-elles cesser les effets? *Q.* 68.—Les parties, pourraient-elles se pourvoir par appel, si le juge de paix avait prononcé en dernier ressort dans le délai de quatre mois, en précipitant outre mesure sa décision, afin d'éviter la péremption? *Q.* 69.]

XIII. La péremption est une espèce de prescription qui annulle les procédures. Celle dont il s'agit dans l'art. 15 diffère des péremptions qui s'acquièrent dans les tribunaux civils d'arrondissement et de commerce en ce qu'elle existe de droit, c'est-à-dire sans qu'il soit besoin de la demander, et par la seule expiration du délai de quatre mois depuis *un interlocutoire* prononcé.

Il est à remarquer, en outre, une différence notable apportée par le Code à la disposition de la loi de 1790, 1° en ce que celle-ci faisait courir la péremption du jour de la citation; 2° en ce qu'elle prononçait l'extinction de l'*action*, c'est-à-dire du droit de se pourvoir désormais en justice pour le même objet, tandis que la procédure seule est réputée non avenue; en sorte que l'action, si elle n'est pas prescrite au fond, peut être formée par nouvelle demande; 3° en ce que le retard provenant de la faute du juge empêchait la péremption, tandis qu'elle s'acquiert aujourd'hui malgré cette circonstance, sauf le recours en dommages-intérêts (1).

Add. — Nous avons indiqué dans ce commentaire cette différence notable qui existe entre la péremption des instances introduites en justice de paix, et celle des instances pendantes dans les autres tribunaux, en ce qu'elle s'acquiert de plein droit dans les premières, tandis que dans les secondes elle doit être demandée. Cette distinction n'a été admise ni dans le Code de procédure des Pays-Bas, ni dans celui de Genève. Suivant l'un (2) et l'autre (3), la péremption s'acquiert en toute juridiction, par la seule expiration du laps de temps prescrit par la loi ainsi que le porte notre article 15... Nos voisins ont-ils eu raison?

Nous adoptons l'affirmative de cette importante question. **Carr.**

---

(1) *V.* la définition légale de *l'interlocutoire*, art. 452, § 2; celle du jugement *définitif* ci-après, *préliminaire du tit.* 3, liv. 1er, et, pour les notions de doctrine concernant la péremption, *ceux du titre* 22, livre 2.

(2) Code des Pays-Bas, tit. 3, art. 118.

(3) Code de Genève, art. 276

57 *L'art. 14 est-il applicable en matière de douanes?*

Si, dans ces matières, le juge de paix ne rendait pas son jugement dans les trois jours qui suivent celui que l'on aurait indiqué pour la comparution, la demande de l'administration serait périmée, et même l'action serait prescrite, par application de l'art. 13, tit. 14, de la loi du 9 floréal an 7. (Cass., 3 prair an 11; *S.*, t. 3, 1re part., p. 299; *J. Av.*, t. 16, p. 576.)

[[C'est le vœu textuel de la loi.]]

58. *La péremption est-elle acquise à partir du jour de la citation, lorsque le jug n'a pas prononcé d'interlocutoire?*

C'est l'opinion des auteurs du *Praticien*, t. 1, p. 159, parce que, disent-ils, le Code ne prononçant point formellement à cet égard, il y a même raison d'accorder la péremption dans l'un et dans l'autre cas, puisque le motif qui l'a fait introduire se tire de la nécessité de terminer promptement les procès.

Ainsi, suivant ces auteurs, on appliquerait encore l'art. 7, tit. 7 de la loi du 26 octobre 1790.

Quoi qu'il en soit, nous ne dissimulerons pas que tous les auteurs paraissent admettre que la péremption n'est acquise, au bout de quatre mois, que dans le cas où il y a eu interlocutoire; et nous conviendrons que, dans la rigueur, les termes de l'article sont d'autant plus favorables à leur opinion que la Cour de Grenoble, dans ses observations sur le projet du Code, avait proposé de renouveler, à quelques modifications près, l'article ci-dessus cité de la loi de 1790, et qu'on n'a pas eu égard à cette proposition. (Voy. *Quest.* de LEPAGE, p. 75; LEVASSEUR, p. 54, n° 97; BIRET, v° *Péremption*, t. 2, p. 96.)

Nous ferons observer, au reste, que l'article 19 oblige le juge de paix à juger l'affaire par défaut, sauf la réassignation dans le cas où les délais n'auraient pas été observés; que, d'un autre côté, l'art. 13 veut qu'il juge sur-le-champ ou à la première audience. De là suit qu'il ne peut guère arriver qu'il y ait lieu à péremption avant un interlocutoire; et c'est sans doute par cette considération que le législateur a modifié la disposition de la loi de 1790. (V. *Répert.*, v° *Péremption*, § 3, n° 2.)

Add. Tel est aussi le sentiment de M. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 30; et par conséquent, dit-il avec raison, les instances non poursuivies ne peuvent s'éteindre que par la prescription, c'est-à-dire par trente ans, quand même l'action se fût prescrite par un temps moindre, si elle n'eût pas été intentée. Les Codes des Pays-Bas et de Genève font, en toute juridiction, courir la péremption à partir de l'exploit introductif de l'instance, comme le veut l'art. 397. Il est présumable que, lors d'une révision vivement sollicitée du Code de procédure civile, cette disposition sera rendue commune aux instances engagées en justice de paix, et que l'on consacrera l'opinion des auteurs du *Praticien français*. Les motifs sur lesquels ces auteurs se sont fondés nous semblent décisifs. **Carr.**

[[Si l'art. 7 du titre 7 de la loi du 26 oct. 1790, qui prononçait la péremption de toute instance non terminée dans le délai de quatre mois à partir de la citation introductive, avait l'inconvénient de ne faire aucune différence entre les affaires où il y a lieu à une enquête, à une expertise, ou à toute autre opération longue, et celles qui peuvent être mises à fin par un simple exposé sur l'audience, l'art. 15 du Code de proc. civ. nous paraît être tombé dans l'inconvénient opposé, en restreignant la péremption de quatre mois aux seules causes susceptibles d'interlocutoires, c'est-à-dire à celles pour l'instruction desquelles un laps de temps plus étendu semble nécessaire. Nous ne voyons de ce changement aucune raison plausible.

Cependant il existe, et l'on ne peut guère se refuser à cette conséquence que, dans les causes où il n'y a pas eu de jugement interlocutoire, la péremption de quatre mois ne peut courir, puisqu'elle n'a pas de point de départ. — C'est ce qu'a décidé la Cour de cassation, par un arrêt du 12 février 1822 (*J. Av.*, t. 24, p. 48), que M. MERLIN cite en lui donnant son approbation, *Répert.*, t. 17, p. 349. Mais faut-il aller jusqu'à dire, comme MM. Pigeau et Carré, dont M. CURASSON, t. 1, p. 166, n° 4, embrasse la doctrine, qu'aucune espèce de péremption ne peut être appliquée à ce genre de cause, et que la prescription trentenaire seule peut éteindre l'instance aussi bien que l'action? Quant à nous, il nous semble que rien n'empêche de faire rentrer dans le droit commun les instances en justice de paix qui ne tombent pas sous la disposition exceptionnelle de l'art. 15, et de leur appliquer par conséquent les principes consacrés par les art. 397 et suiv. du Code de proc. civ. Telle est l'opinion de M. BOITARD, t. 2, p. 403.

Les raisons données par M. Pigeau, qui consistent à dire que les art. 397 et suiv. ne regardent que les tribunaux d'arrondissement et les cours royales, que la procédure qu'ils introduisent, supposant le ministère des avoués, ne pourrait avoir lieu devant les justices de paix; qu'enfin la péremption est une peine qu'il ne faut pas étendre à d'autres cas que ceux auxquels le législateur l'applique, nous semblent faciles à réfuter. Que l'absence des avoués rende la procédure de péremption impossible, c'est une allégation qui tombe devant la jurisprudence, aujourd'hui unanime, qui admet la péremption des instances commerciales, ainsi que nous l'établissons sous la *Quest.* 1411, contrairement, il est vrai, à l'opinion de MM. CARRÉ et PIGEAU. Mais est-il besoin de faire remarquer que toutes les procédures qui ont lieu devant les tribunaux civils exigent le ministère des avoués? S'ensuit-il qu'aucune de ces procédures ne soit praticable devant les tribunaux de commerce ou les justices de paix? Non sans doute; il est certain, au contraire, que toutes celles qui ont lieu devant ces dernières juridictions sont empruntées à la procédure générale des tribunaux civils, seulement on y admet les modifications exigées par la différence d'organisation. Rien n'empêche qu'on n'agisse de même en matière de péremption d'instance.

On dit encore qu'il ne faut pas étendre les peines; nous répondrons que la péremption est bien moins une peine infligée à la partie négligente qu'une mesure d'ordre public destinée à prévenir la prolongation des procès. Et, sous ce rapport, il y a bien plus de motifs de l'admettre contre les instances en justice de paix, où, plus qu'en tout autre, la célérité entre dans l'esprit et l'intention du législateur.

Nous pensons donc qu'indépendamment de la péremption de quatre mois qui court après la prononciation d'un jugement interlocutoire, l'instance devant le juge de paix, qui n'a pas donné lieu à un pareil jugement, est soumise à la péremption ordinaire de trois ans. M. MERLIN, *Répert.* t. 17, p. 349, n'admet point la péremption de quatre mois dans les instances où il n'y a pas eu de jugement interlocutoire, mais il ne se prononce pas formellement sur l'admission ou l'exclusion de la péremption de trois ans.]] **Supp. alph.**, n. 237.

59. *Quel doit être l'objet de l'interlocutoire, pour qu'il fasse courir le délai de la péremption?*

Il faut qu'il ait été rendu relativement à l'instruction du fond du procès, et non sur un incident. (Cass., 31 août 1813, *S.*, t. 14, 1re part., p. 61; *J. Av.*, t. 16, p. 621, et *J. P.*, 3e édit., t. 11, p. 685.)

[[C'est aussi l'avis de M. CURASSON, *t.* 1, p. 166, n° 4, V. *infrà*, *Quest.* 61.]]

60. *La péremption peut-elle être acquise si l'interlocutoire a été prononcé par un juge incompétent?*

Non, car tout acte émané d'un juge incompétent est considéré comme non avenu, et dès lors il ne peut produire l'effet de faire courir la péremption. (Cass., 24 frim. an 9; *J. Av.*, t. 16, p. 575, n° 16, et *J. P.*, 3e édit., t. 2, p. 63.)

[[Cette question avait de l'intérêt surtout sous l'empire de la loi du 2 octobre 1790, parce qu'alors la péremption de l'instance entraînait l'extinction de l'action; mais aujourd'hui que ce résultat extrême n'est point admis, il importe peu que l'instance soit emportée par la péremption ou par l'incompétence du juge, à moins toutefois qu'il ne soit nécessaire de se servir de l'assignation donnée devant un juge incompétent pour interrompre la prescription, aux termes de l'art. 2246 du Cod. civ., V. *Quest.* 66.]]

61. *Si un jugement préparatoire avait été rendu, ne serait-ce qu'à partir de ce jugement que courrait la péremption?*

Puisque la loi ne s'explique qu'à l'égard de l'interlocutoire, le jugement préparatoire ne serait d'aucune considération. (V. *Quest. de* LEPAGE, p. 76; *Biblioth. du barr.*, 1re part., 1810, p. 223.)

Add. — La solution de notre *Quest.* 61 a été consacrée par un arrêt de la Cour de cassation, du 12 février 1822 (*J. Av.*, t. 24, p. 48), et adoptée par M. Pigeau, qui l'étend aux jugements provisoires (*Comm.*, t. 1, p. 30), ce que l'on est forcé d'admettre, puisque la loi ne parle que des interlocutoires, et que l'art. 15, contenant une exception à la règle générale qui fixe à trois ans le délai de la péremption, doit être strictement renfermé dans ses limites. **Carr.**

[[L'arrêt du 31 août 1813, cité sur la *Quest.* 59, avait déjà, avec raison, consacré cette opinion, qui est approuvée par MM. MERLIN, *Rép.*, t. 17, p. 350, et REYNAUD, *Traité de la Péremption*, n° 131, et THOMINE DESMAZURES, t. 1 p. 72.]]

Add. — 61 bis. *La péremption court-elle du jour de la prononciation d'un interlocutoire, tant à l'égard des jugements contradictoires, qu'à l'egard des jugements rendus par défaut?*

Oui, puisque la loi n'a point distingué, quelque juste qu'il paraîtrait, si le texte n'était pas aussi précis, de ne faire courir le délai qu'après signification du jugement qui aurait été rendu par défaut; mais la rigueur de ce texte trouve une excuse dans la considération que le demandeur contre lequel court la péremption, est en faute de s'être laissé juger par défaut, sur sa propre citation, dès lors, il ne peut alléguer aucune surprise. **Carr.**

[[Telle est l'opinion de M. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 31, et la nôtre. M. THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 72, semble dire le contraire; mais nous croyons qu'il n'y a que défaut de clarté dans son expression, et qu'il a voulu parler d'un jugement par défaut sur le fond, qui bien certainement ne fait pas courir la péremption.]]

62. *Mais, après le renvoi pour vérification d'écriture ou pour inscription de faux, l'instance tomberait-elle en péremption, dans tous les cas, s'il n'intervenait pas de jugement définitif après les quatre mois, à partir du jugement de renvoi.*

Non, encore bien que nous ayons dit, sur la 55e *Quest.*, que le juge paix n'était pas dessaisi; car, la cause étant suspendue jusqu'au jugement de ces incidents, il est dans l'impossibilité de juger. (*V.* LEVASSEUR, p. 54, n° 96.)

Mais le délai de péremption prendrait son cours à partir du jugement sur l'incident.

Remarquons, au reste, que la loi ne présente aucune disposition sur la question proposée ; que son vœu bien prononcé est qu'en général toute instance liée devant un juge de paix soit terminée dans les quatre mois qui suivent un interlocutoire. Or, le jugement de renvoi, pour vérification d'écriture ou inscription de faux, est un jugement interlocutoire : il faut donc que la partie intéressée à faire juger cet incident se pourvoie, avant les quatre mois, devant le tribunal de première instance; il faut aussi qu'elle ressaisisse le juge de paix avant que le même espace de temps ne soit écoulé depuis le jugement du tribunal de première instance; autrement elle courrait risque de voir déclarer que la péremption est acquise contre elle.

Add.—M. Chauveau Adolphe (*J. Av.*, t. 16, p. 571, n°22) a fait, sur notre conseil, des observations pleines de justesse, et que nous ne balançons pas à adopter. En effet le législateur n'a entendu parler, dans l'art. 15, que des interlocutoires qui s'exécutent devant la justice de paix elle-même, parce qu'il a voulu qu'en cette juridiction les affaires fussent expédiées avec le plus de célérité possible, et non d'un interlocutoire qui s'exécute comme celui qui prononce le renvoi pour vérification d'écriture ou inscription de faux par un tribunal où l'instruction est assujettie aux lenteurs et aux formes non-seulement de la procédure qui lui est propre en général, mais encore à celles de la procédure spéciale concernant ces sortes d'incidents. Soumettre en ce cas le défendeur à faire obtenir du juge de paix une décision au fond, dans les quatre mois, ce serait le réduire à l'impossible. Or, *impossibilium nulla obligatio.* Nous pensons donc, avec M. Chauveau Adolphe, qu'il faut s'en tenir à l'opinion que nous avons d'abord émise, sans s'arrêter au conseil que la prudence nous avait suggéré. **Carr.**

Add. — 62 bis. *Mais est-il bien vrai que le jugement qui prononce le renvoi de l'incident en vérification d'écriture ou inscription de faux soit un jugement interlocutoire ?*

En terminant les observations que nous venons d'adopter, M. Chauveau Adolphe rappelle que M. Lepage, dans ses questions sur le Code de procédure civile, p. 75, a décidé que le jugement de renvoi au tribunal, pour vérification d'écriture ou inscription de faux, n'est pas un jugement interlocutoire ; que c'est un jugement définitif qui saisit même du fond les juges qui doivent s'occuper de l'incident. Si cette opinion devait être admise, l'art. 15 ne pourrait plus recevoir son application à l'espèce, et les questions que nous venons d'examiner seraient sans objet. Mais, tout en désirant que le renvoi de l'incident emportât prorogation de juridiction à l'égard du fond, nous croyons avoir prouvé que l'on ne peut décider de la sorte

M. Chauveau Adolphe se borne à énoncer le sentiment de M. Lepage, et semble l'adopter par son silence. Nous convenons que le jugement de renvoi serait définitif, si le juge, compétent pour statuer sur la vérification de l'inscription, était saisi du fond par le renvoi du juge de paix ; mais, dès lors que ce dernier n'est pas dessaisi, le jugement est interlocutoire, suivant la définition de l'art. 452, puisqu'il préjuge, par l'instruction qu'il ordonne, que le jugement qui interviendra sur l'incident aura nécessairement une influence sur celui que le juge de paix aura à rendre au fond. **Carr.**

[[M. Carré a mal interprété notre silence; car, dans le même volume, quelques pages plus loin, nous avons émis un avis formel sur cette branche de la question. (V. *suprà*, *Question* 55.)]]

63. *Lorsque le juge de paix ordonne successivement plusieurs interlocutoires, les quatre mois ne courent-ils que du jour du dernier de ces jugements?*

Cela ne peut faire la matière d'une difficulté, dit M. DELAPORTE, t. 1, p. 15. Nous croyons néanmoins que c'est à dater du jour du premier interlocutoire, et non pas du dernier, s'il en intervenait plusieurs, que l'instance est périmée.

En effet, d'après l'art. 15, l'instruction ne peut durer plus de quatre mois, à partir *du jugement interlocutoire :* le Code veut donc un jugement définitif dans ce laps de temps ; et de là suit nécessairement qu'un second, un troisième, un quatrième interlocutoire, ne pourraient proroger l'instance.

[[Cette solution est adoptée, avec raison, par MM. THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 72, et CURASSON, t. 1, p. 167, n° 5. Mais, le 17 avril 1833 (*J. Av.*, t. 46, p. 184), la Cour de cassation de Bruxelles a décidé que le délai de la péremption ne devait courir qu'à dater du dernier interlocutoire. Son erreur vient de ce qu'elle n'a point distingué entre la péremption de l'art. 15 et celle de l'art. 397. Pour opérer celle-ci, il faut une discontinuation de poursuites ; tout acte de procédure suffit pour l'interrompre. Au contraire ce n'est pas à la discontinuation de poursuites que l'art. 15 attache la péremption. Elle fixe un délai dans lequel les poursuites doivent être terminées, et le jugement définitif rendu. Le point de départ de ce délai est le premier jugement interlocutoire, et il n'appartient ni aux juges ni aux parties de le changer.]]

64. *L'instance étant suspendue par le décès d'une partie, à partir de quelle époque continue le délai de péremption ?*

Il nous semble que la péremption ne continue son cours que par la reprise de l'instance ou après le délai de six mois, à dater du jour du décès. C'est du moins un argument que l'on peut tirer de l'art. 397.

[[C'est encore l'opinion de M. THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 73, et nous l'adoptons.]]

65. *La péremption aurait-elle lieu, s'il n'avait pas dépendu du demandeur d'obtenir jugement dans les quatre mois?*

Non. Ainsi, par exemple, dans le cas de diverses récusations intentées par le défendeur, si l'instruction a été prolongée au-delà du délai, celui-ci ne peut se prévaloir de la péremption. (Cass., 4 février 1807, *S.*, 1808, 1re part., p. 40, et *J. Av.*, t. 16, p. 592.)

[[MM. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 32, et THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 73, pensent aussi qu'il est des cas où la règle de l'art. 15 doit fléchir : sous l'empire de la loi antérieure, il avait été jugé, les 13 brumaire an 10 et 20 août 1806 (*J. Av.*, t. 16, p. 576), que la péremption d'instance n'avait lieu qu'autant que la partie elle-même n'avait pas mis la cause en état d'être jugée dans les quatre mois. Nous pensons que la loi et l'équité se réunissent pour adopter encore la même décision. Cependant on trouve un arrêt du 13 floréal an 10 (*J. Av.*, t. 16, p. 570), par lequel la Cour de cassation a rejeté le pourvoi contre un jugement qui avait appliqué la péremption, malgré les retards apportés à l'instruction de la cause, par la nécessité d'évacuer divers interlocutoires, et indépendamment de la volonté des parties ; ce rejet tient sans doute à ce que, la loi n'étant pas bien claire, un tribunal qui l'applique avec trop de rigueur ne peut être précisément accusé de la violer. En justice de paix on ne doit pas appliquer les principes généraux qui permettent, devant les tribunaux ordinaires, d'inter-

rompre la péremption par un acte valable; c'est un jugement définitif qu'exige la loi. V. *Quest.* 63.]] **Supp., alph.**, v° *Just. de paix*, n. 246 et 247.

[[**65** bis. *L'appel du jugement interlocutoire a-t-il pour effet d'interrompre le cours de la péremption ? — A quelle époque recommence-t-elle à courir ?*

Le 11 juin 1834 (*J. Av.*, t. 47, p. 698), la Cour de cassation s'est prononcée formellement pour l'affirmative; et, comme sa décision est fondée sur le droit qu'a toute partie d'interjeter appel d'un jugement, et de suspendre ainsi les effets qu'il aurait produits, nous croyons qu'elle doit être appliquée dans tous les cas, sans distinguer, comme le fait M. PIGEAU, *Comment.*, t. 1, p. 32, si l'appel provenait du demandeur ou du défendeur, et si l'interlocutoire a été confirmé ou infirmé.

Qu'importe que l'appel du demandeur, par exemple, ne fût pas fondé? Cette circonstance autorise-t-elle à dire que le retard provient de sa faute? Non sans doute : l'exercice d'un droit, quel qu'en soit le résultat, ne peut jamais être appelé faute.

Le même arrêt décide, avec raison, que la péremption, interrompue par l'appel, reprend son cours, non du jour de la prononciation du jugement rendu en appel, mais de celui de sa signification ; parce que ce n'est qu'à compter de ce dernier jour que le jugement devient exécutoire, aux termes de l'art. 147 du Code de procédure civile.

M. THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 73, professe la même doctrine.]] **Supp., alph.**, v° *Just. de paix*, n. 248 et 249.

66. *Lorsque le délai de quatre mois est expiré, le juge de paix pourrait-il rendre jugement par lequel il se déclarerait incompétent ?*

L'affirmative a été jugée sous l'empire de la loi du 26 octobre 1790, par le motif que l'art. 7 de cette loi, en prononçant la peine de la péremption, suppose nécessairement une instance de la nature de celles qui sont de la compétence d'un tribunal de paix.

Cette décision serait évidemment la même sous l'empire du Code, puisque l'art. 15 est conçu, sous le rapport de la question, dans les mêmes termes que l'article de la loi que nous venons de citer. (Cass., 24 frim. an 9; *Traité de la Compétence*, par M. Montainville, p. 76, et *J. Av.*, t. 16, p. 575, n° 16.)

[[Même avis et même raison de décider que pour la *Quest.* 60.]]

67. *Mais l'art. 7 de la loi de 1790 prononçait l'extinction de l'action dans le cas où la péremption était acquise; en serait-il de même sous l'empire du Code?*

Non, puisque l'art. 15 ne porte point la même disposition. Ainsi l'on se conformerait à l'art. 401, et l'on pourrait renouveler l'action, si d'ailleurs elle n'était pas prescrite. (V. *Praticien*, t. 1, p. 16; LEVASSEUR, p. 54 et 55, n° 97; DEMIAU CROUZILHAC, p. 22; BIRET, t. 2, p. 96.)

[[Cette solution incontestable est reproduite par MM. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 32; THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 73, et BOITARD, t. 2, p. 403. V. *Quest.* 60.]] **Supp., alph.**, v° *Just. de paix*, n. 251.

68. *Les parties, en procédant postérieurement à la péremption acquise, en font-elles cesser les effets ?*

Suivant M. Lepage (*Quest.*, p. 76) et M. Dumoulin (*Biblioth. du barr.*, 1810, 1re part., p. 224), la péremption, de même que la prescription, étant établie dans l'intérêt des parties, elles peuvent y renoncer; mais M. Lepage estime qu'en ce cas il faut qu'elles fassent une déclaration positive de leur intention, ainsi que le prescrit l'art. 7 pour la comparution volontaire.

M. Dumoulin pense qu'il n'est pas nécessaire de rédiger un acte de soumission volontaire, et qu'il suffit aux deux parties de donner suite à la procédure, parce que, dit-il, si la péremption s'acquiert de plein droit, il en résulte seulement qu'il n'est pas nécessaire de la faire prononcer.

Nous pensons, au contraire, que, si la péremption, dans les justices de paix, a lieu de plein droit, c'est parce qu'elle est d'ordre public, ainsi que le dit M. THOMINE DESMAZURES, p. 41, éd. in-8°, en ce sens que le législateur veut que les procédures soient promptement terminées en ces justices : de là suit qu'elle doit être suppléée d'office par le juge de paix, et qu'il ne prononcerait légalement qu'autant que les parties auraient formellement déclaré y renoncer.

Cependant M. Hautefeuille est d'une opinion contraire. L'instance, dit-il, est périmée de droit, *c'est-à-dire que l'action et la demande n'existent plus.* Mais nous ferons observer que ces mots, *l'instance est périmée*, ne supposent que la peremption de la demande et des actes qui en ont été la suite, et non la péremption de l'action considérée comme droit d'agir en justice, et que, par conséquent, M. Hautefeuille a confondu ici l'action prise en ce sens, avec la demande qui n'est que l'exercice de l'action.

Add. — M. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 31, rejette notre opinion. Si, dit-il, la loi porte que l'instance sera périmée de droit, cela signifie seulement qu'il n'est pas besoin de demander la péremption, comme on est obligé de le faire dans les tribunaux, d'après l'art. 399; mais cela ne signifie pas que, si le demandeur y renonce, le juge devra toujours la prononcer. Elle est établie, ajoute le savant auteur, non dans l'intérêt public, mais dans l'intérêt unique du défendeur. Aussi l'art. 15, après avoir dit que, si le juge prononce, le jugement sera annulé, ne dit pas qu'il le sera de plein droit ou d'office, ou sur la demande du ministère public, mais sur la réquisition de la partie intéressée, c'est-à-dire du défendeur.

Cette dernière raison, que n'avaient point donnée les auteurs dont M. Pigeau adopte le sentiment, nous paraît mériter une sérieuse attention. Nous confessons, avec toute la bonne foi qui préside au nouvel examen que nous faisons des opinions par nous émises précédemment, qu'elle nous détermine à résoudre notre *Quest.* 68 dans un sens tout opposé.

Nous nous étions fondé sur ce motif, donné par M. Thomine Desmazures, que la péremption, dans les justices de paix, doit être considérée comme tenant en quelque sorte à l'ordre public, attendu que le législateur a voulu qu'en cette juridiction les procédures fussent promptement terminées. Mais nous réfléchissons aujourd'hui que ce motif se retourne en faveur de l'opinion contraire; car, la péremption n'éteignant point l'action, le législateur, s'il avait entendu obliger le juge de paix à le suppléer d'office, eût placé le demandeur dans la nécessité d'introduire une nouvelle action, tandis que, la procédure volontaire couvrant la péremption acquise, le procès se termine de suite par un jugement définitif.

Les principes consacrés sur la matière pour les autres juridictions, ceux admis en matière de prescription, fournissent d'ailleurs de puissants arguments à l'appui de l'opinion à laquelle nous venons de nous ranger.

[[En effet, la péremption est une sorte de prescription, et l'on sait que les juges ne peuvent suppléer celle-ci d'office; par là même il suffit d'une renonciation tacite pour que la partie ne soit plus recevable à l'invoquer, et la continuation des procédures peut, malgré l'avis de M. CURASSON, t. 1, p. 167, n° 6, être, aux yeux des juges, une preuve suffisante de cette renonciation, comme le décident MM. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 31; BOITARD, t. 2, p. 403, et un arrêt de la Cour de Bruxelles, du 17 avril 1833 (*J. Av.*, t. 46, p. 184), et un de la Cour de cassation, du 22 mars 1837 (*J. Av.*, t. 52, p. 355, et *J. P.*, t. 1 de 1837, p. 371). Enfin, il suit du même principe que les parties ne seraient pas admises à re-

noncer d'avance à la péremption, en s'accordant mutuellement des renvois, et qu'il ne dépendrait pas du juge de sanctionner cette renonciation. Ainsi l'a jugé la Cour de cassation, le 16 germinal an XI (*J. Av.*, t. 16, p. 574).]]

Supp.. alph., vo *Just de paix*, n. 252.

69. *Les parties pourraient-elles se pourvoir par appel, si le juge de paix avait prononcé en dernier ressort dans le délai de quatre mois, en précipitant outre mesure sa décision, afin d'éviter la péremption?*

Non, la voie de cassation serait seule ouverte. (Cass., 6 avril 1807; *J. P*, 3e éd., t. 6, p. 5; BIRET, t. 2, p. 98 et 99.)

[[La loi nouvelle, du 25 mai 1838, art. 14, a changé cette jurisprudence, et elle permet l'appel.]]

ART. 16. L'appel des jugements de la justice de paix ne sera pas recevable après les trois mois, à dater du jour de la signification faite par l'huissier de la justice de paix, ou tel autre commis par le juge. [[*V.* le n° XIV.]]

Tarif, 1, 3, 21, 27.—[Notre comm. du tarif, t. 1, p. 16, n°s 24 et 25.] — Loi du 24 août 1790, tit. 5, art. 12, 14.—Code de proc. civ., art. 31, 443, 449, 450, 454, 456.— [Loi du 25 mai 1838, art. 13, 14 et 15. — Notre Dict. gén. de proc., vis *Cassation*, n° 100, *Juge de paix*, n°s 164, 168, 169, 170. — Devilleneuve, vo *Juge de paix*, n°s 29, 33 à 42. — Carré, *Justices de paix*, t. 2, p. 52 à 55, n°s 2738, à 2748. — QUESTIONS TRAITÉES : L'art. 16 ne prononçant point la nullité, pourrait-on soutenir, d'après l'art. 1030, que le délai d'appel courût également, si la signification du jugement était faite par tout autre huissier que celui qu'indique le premier de ces articles? *Q.* 70. — Lorsqu'un juge de paix a prononcé comme juge civil, sur une contestation de la compétence du tribunal de police, l'appel du jugement est-il recevable, quoiqu'il n'ait pas été interjeté dans les dix jours que l'art. 174 du C. d'inst. crim., fixe pour seul délai de l'appel des jugements de ce dernier tribunal? *Q.* 70 *bis*. — Suit-il de l'art. 16 qu'on ne puisse mettre à exécution un jugement de la justice de paix qui n'aurait pas été signifié par l'huissier de cette justice? *Q.* 71. — En disant que le jugement sera signifié par l'huissier de la justice de paix, le Code entend-il indifféremment ou l'huissier du juge qui a rendu le jugement ou celui de la justice dans le ressort de laquelle ce jugement doit être signifié? *Q.* 72. —Les jugements qualifiés en dernier ressort, mais rendus sur des matières où le juge de paix ne pouvait prononcer qu'en premier ressort sont-ils insusceptibles d'appel, et *vice versâ*? *Q.* 72 *bis*.—Le jugement rendu par un juge de paix sur une demande en renvoi est il toûjours susceptible d'appel, lorsque le juge pouvait prononcer en dernier ressort sur le fond? *Q.* 73. — Peut-on se pourvoir par appel contre un jugement rendu en dernier ressort dans lequel un juge de paix a excédé ses pouvoirs? *Q.* 74. —L'acte d'appel doit-il contenir assignation à peine de nullité? *Q.* 75.—Peut-on se pourvoir en appel contre les jugements par défaut rendus en la justice de paix? *Q.* 76.—Les jugements des justices de paix sont-ils sujets aux autres pourvois admis par le Code contre les décisions des autres tribunaux? *Q.* 77.—De ce que l'art. 14 de la loi du 25 mai 1838 dispose que l'appel des jugements rendus par les juges de paix ne pourra être interjeté pendant les trois jours qui suivront leur prononciation, faut-il conclure que l'exécution en est aussi suspendue pendant le même délai? *Q.* 77 *bis*.—L'appel des jugements qui ont statué sur des questions de compétence n'est-il pas soumis à une règle particulière? *Q.* 77 *ter*.— Une décision par laquelle un juge de paix, sans prononcer sur sa compétence, renvoie purement et simplement les parties devant le tribunal d'arrondissement, pour y être statué sur la contestation, doit-elle être attaquée par la voie de l'appel, ou donne-t-elle lieu à des poursuites en déni de justice? *Q.* 77 *quater*.] V. *infrà*, p. 67, Q. 69 *bis*.

XIV. L'appel est l'action de recourir à un tribunal supérieur, pour faire infirmer ou réformer un jugement rendu par un tribunal inférieur (1). Il est à remarquer que la disposition qui en fixe le délai n'est pas simplement comminatoire; elle est de rigueur, aux termes de l'art. 1029.

[[Art. 13 de la loi du 25 mai 1838 : « L'appel des jugements des juges de « paix ne sera recevable ni avant les trois jours qui suivront celui de la pro- « nonciation des jugements, à moins qu'il n'y ait lieu à exécution provisoire, « ni après les trente jours qui suivront la signification à l'égard des personnes « domiciliées dans le canton. — Les personnes domiciliées hors du canton

(1) *Voy.* les préliminaires du livre unique de l'appel.

« auront, pour interjetter appel, outre le délai de trente jours, le délai réglé « par les art. 73 et 1033, Cod. pr. civ. »

On voit que cette disposition législative a abrogé l'art. 16 du Code de procédure civile, et introduit trois innovations importantes en cette matière; 1° elle a réduit de trois mois à trente jours le délai de l'appel; 2° elle a supprimé l'obligation de faire signifier le jugement par l'huissier de la justice de paix ou tel autre commis par le juge (*V.* la *Quest.* 70); 3° elle a voulu que trois jours fussent écoulés depuis le jugement avant que l'appel pût être interjeté.

Cette dernière prescription, analogue à celle de l'art. 349 du Code de procédure civile, pour les appels des jugements des tribunaux civils, a été conçue dans le même but, qui est d'empêcher la partie condamnée de céder à l'exaspération du moment par un appel précipité.

Indépendamment de l'augmentation de délai accordé par la dernière partie de l'article aux personnes domiciliées hors du canton, les personnes absentes du territoire européen jouissent encore de celui qui est réglé par l'art. 446 du Code de procédure civile, qu'il a été dans l'intention du législateur de maintenir, comme cela résulte des paroles du rapporteur de la loi, recueillies par M. BENECH, p. 495.]]

Supp. alph., v° *Just. de paix*, n. 223 et suiv. *Explication du 2e paragraphe de l'art. 13 de la loi de 1838 et calcul du délai d'appel à raison des distances.*

70. *L'art. 16 ne prononçant point la nullité, pourrait-on soutenir, d'après l'art. 1030, que le délai d'appel courût également, si la signification du jugement était faite par tout autre huissier que celui qu'indique le premier de ces articles?*

Puisque l'art. 16 ne fait pas courir le délai du *jour de la signification*, mais du jour de la signification faite par *l'huissier de la justice de paix*, ou tel autre commis par le juge, il nous paraît certain qu'il ne courrait pas si le jugement était signifié par un autre huissier que celui que cet article désigne. (*V.* LEVASSEUR, p. 93, n° 177; DELAPORTE, t. 1, p. 16; *Biblioth. du barr.*, 1810, 1re part., p. 226; DEMIAU-CROUZILHAC, p. 23.)

[[M. THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 75, enseigne la même doctrine. Lorsque nous avons dit, au n° XIV, que l'obligation de faire signifier le jugement par l'huissier de la justice de paix paraissait supprimée par l'art. 13 de la loi du 25 mai 1838, nous l'avons entendu dans ce sens que ce n'est plus à l'huissier spécialement attaché au service de l'audience que cette mission appartient; mais demeure toujours la disposition de l'art. 16 de la même loi qui n'attribue le droit de faire les actes devant la justice de paix qu'aux seuls huissiers domiciliés dans le canton. Or, la signification d'un jugement émané du tribunal de paix étant un acte de cette nature, nous pensons qu'elle doit être faite par un huissier du canton; que, faite par un autre, elle ne donnerait point cours au délai de l'appel; et qu'enfin, sous ce rapport, et demeurant cette interprétation, la disposition finale de l'art. 16 du Code de proc. civile est encore en vigueur.—*Voir*, au surplus, la *Quest.* 9, *suprà*.]]

Add.—70 bis. *Lorsqu'un juge de paix a prononcé comme juge civil sur une contestation de la compétence du tribunal de police, l'appel du jugement est-il recevable, quoiqu'il n'ait pas été interjeté dans les dix jours que l'art. 174 du Code d'instruction fixe pour seul délai de l'appel des jugements de ce dernier tribunal?*

Cette question se résout par le principe que, déjà, nous avons si souvent invoqué, de la distinction entre l'action publique et l'action civile. Si cette dernière, lorsqu'elle a pour cause une contravention, un délit ou un crime, peut être portée devant les tribunaux criminels, elle peut l'être aussi devant les juges civils; en ce cas, elle admet toutes les formalités de procédure qui régissent la juridiction de ces derniers.

L'appel de leurs jugements doit donc être interjeté dans les délais fixés par les lois faites pour les tribunaux dans lesquels ces jugements ont été rendus, et, par conséquent, en ce qui concerne ceux des justices de paix statuant en matière civile, dans le délai déterminé par l'art. 16 ci-dessus [[aujourd'hui l'art. 13 de la loi du 25 mai 1838]], et non dans celui que fixe l'art. 174 du Code d'instruction.

La Cour de Cassation a ainsi jugé, par arrêt du 26 décembre 1826. (*S.*, t. 26, 1re part., p. 329, et *J. Av.*, t. 33, p. 38.) **Carr.**

[[Il ne faut pas conclure de cette décision, que nous approuvons, que, si le juge de paix, statuant réellement en tribunal de police, avait qualifié son jugement de civil, l'appel en pût être porté devant le tribunal civil d'arrondissement; cette qualification arbitraire n'empêcherait pas que le tribunal correctionnel ne fût seul compétent, aux termes d'un arrêt de la même Cour, du 22 prairial an VIII (*J. Av.*, t. 16, p. 565).]]

71. *Suit-il de l'art. 16 qu'on ne puisse mettre à exécution un jugement de la justice de paix qui n'aurait pas été signifié par l'huissier de cette justice?*

On pourrait dire, pour la négative, que l'article ne s'exprime qu'à l'égard de l'appel; mais il paraît être dans l'esprit du Code que la signification soit faite par un huissier de la justice de paix.

[[Aujourd'hui par un des huissiers domiciliés dans le canton.]]

Cependant, si elle l'était par un autre huissier, nous ne croyons pas que l'on dût en prononcer la nullité; toujours est-il vrai que tout huissier pourrait mettre le jugement à exécution. (*V.* DELAPORTE, t. 1, p. 61.)

[[Nous embrassons sans difficulté cet avis.]]

72. *En disant que le jugement sera signifié par l'huissier de la justice de paix, le Code entend-il indiquer indifféremment ou l'huissier du juge qui a rendu le jugement, ou celui de la justice dans le ressort de laquelle ce jugement doit être signifié?*

Il paraît, dit M. Lepage, dans ses *Quest.*, p. 77, que le législateur n'a entendu indiquer que l'huissier attaché à la justice de paix de laquelle le jugement est émané.

Mais on demandera comment concilier cette décision avec les lois qui défendent à l'huissier de la justice de paix d'instrumenter hors du canton?

Cette difficulté se présenterait dans tous les cas où la partie à laquelle le jugement doit être signifié n'aurait pas son domicile dans le ressort du juge qui a prononcé; et certes, il n'a pu entrer dans l'intention du législateur d'obliger l'huissier attaché à ce juge de se transporter au loin pour faire la signification.

M. Lepage et M. Dumoulin disent, par cette raison, que l'on doit confier la signification à l'huissier de la justice de paix du lieu où elle doit être faite. Mais cette opinion n'est-elle pas contraire au texte de l'art. 16, qui veut que la signification soit donnée par l'huissier *du juge, ou par tout autre huissier commis par lui?*

Nous pensons que l'on doit entendre l'article en ce sens que le législateur n'a désigné l'huissier du juge de paix duquel émane le jugement, que pour le cas où la partie à laquelle il doit être signifié à son domicile dans le canton (ce qui arrive le plus souvent, ainsi que le fait observer M. Dumoulin), et qu'il a voulu que le juge commît *tout autre huissier*, dans ceux où cette même partie aurait son domicile hors du canton.

Du reste, le juge de paix se conformerait, en cette dernière circonstance,

aux dispositions de l'art. 156; et, en tout cas, il n'y aurait pas nullité de la signification, si l'on ne se conformait pas à la distinction que nous venons de faire. (Cass., 6 juillet 1814; *S.*, t. 15, p. 41. V. *infrà*, art. 20.)

[[M. THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 76, pense aussi, en s'appuyant d'une analogie puisée dans l'art. 781 du Code de procédure civile, que, si la partie condamnée est domiciliée hors du canton, c'est par l'huissier de son domicile, en cas que le juge n'en ait pas commis, que doit lui être notifié le jugement. Cette opinion nous paraît conforme à l'esprit de la loi.]]

[[**72** bis. *Les jugements qualifiés en dernier ressort, mais rendus sur des matières où le juge de paix ne pouvait prononcer qu'en premier ressort, sont-ils insusceptibles d'appel? Les jugements qualifiés en premier ressort, mais rendus sur des matières où le juge de paix devait prononcer en dernier ressort, sont-ils susceptibles d'appel?*

Depuis longtemps la jurisprudence et la doctrine étaient unanimement d'accord pour décider que le droit d'appeler ne dépend point de la qualification donnée aux jugements, mais de la nature de la cause sur laquelle ils ont statué. On peut voir, sur ce point, les décisions que nous avons rapportées dans notre *Dictionnaire général de Procédure*, v° *Ressort*, nos 34 à 39.

Le législateur a cru devoir traduire ce principe de doctrine, applicable à toutes les juridictions, en loi spéciale pour les jugements émanes des justices de paix. C'est ce qu'il a fait par l'art. 14, § 1 et 2, de la loi du 25 mai 1838.]]

73. *Le jugement rendu par un juge de paix, sur une demande en renvoi, est-il toujours susceptible d'appel, lorsque le juge pouvait prononcer en dernier ressort sur le fond?*

Oui, sans doute, d'après la disposition de l'art. 454, qui est générale, et qui, se trouvant au titre unique de l'appel, s'applique aux appels des jugements des justices de paix, comme à ceux des tribunaux inférieurs.

Cette opinion n'est contrariée, d'ailleurs, par aucune disposition des divers titres du liv. 1er, qui concerne l'instruction devant les justices de paix. (Cassat., 22 avril 1811; *S.*, t. 3, 1re part., p. 62, et *J. Av.*, t. 3, p. 309.)

[[L'application faite, par la jurisprudence, aux justices de paix, de la règle tracée par l'art. 454 du Code de procédure civile (*V.* les nombreux arrêts indiqués dans notre *Dictionnaire général*, v° *Juge de paix*, n° 92) a été encore sanctionnée par une disposition formelle de l'art. 14 de la loi du 25 mai 1838.]]

Supp. alph., v° *Just. de paix*, n. 211.

74. *Peut-on se pouvoir par appel contre un jugement rendu en dernier ressort, dans lequel un juge de paix a excédé ses pouvoirs?*

Nous tenons l'affirmative d'après la disposition de l'art. 454, qui a dérogé à l'art. 77 de la loi du 25 ventôse an 8, lequel disposait que les jugements des justices de paix étaient sujets *à cassation*, pour incompétence ou *excès de pouvoir:* ce qui excluait la voie d'appel. En effet, l'excès de pouvoir se confond avec l'incompétence proprement dite, et, par conséquent, l'appel est recevable, puisque l'art. 454 veut que, lorsqu'il s'agit d'incompétence, l'appel soit nul, encore que le jugement ait été qualifié en dernier ressort.

[[Le législateur de 1838 n'a point partagé l'avis de M. Carré sur l'identité que cet auteur semble trouver entre l'incompétence et l'excès de pouvoir. Il a, au contraire, soigneusement distingué l'un de l'autre, et accordé contre l'un et l'autre de ces vices des remèdes différents. L'art. 14 de la loi du 25 mai 1838, dispose, comme nous l'avons dit sur la question précédente, que les jugements attaqués pour cause d'incompétence seront toujours attaquables par

la voie de l'appel, encore que le fond fût susceptible d'être jugé en dernier ressort; et l'art. 15 est ainsi conçu : « Les jugements rendus par les juges de « paix ne pourront être attaqués par la voie du recours en cassation que pour « excès de pouvoir. »

Ainsi la limite est désormais bien tracée.

Les jugements sont-ils qualifiés mal à propos en dernier ressort? L'appel est incontestablement recevable.

Sont-ils rendus sur des matières susceptibles du dernier ressort, mais viciés d'incompétence? L'appel est la seule voie pour les faire réformer.

Sont-ils, quoique rendus en dernier ressort, entachés d'excès de pouvoir? C'est par la voie de la cassation qu'il faut les attaquer. *V.*, sur cette précision importante, M. BENECH, p. 411.

Mais comment distinguer l'incompétence de l'excès de pouvoir?

Il n'entre pas dans notre plan d'examiner cette importante et grave question. On peut voir les systèmes de MM. MERLIN, *Rép.*, vis *Discipline*, p. 606; *Divorce*, p. 759; HENRION DE PANSEY, *Traité de la compétence*, ch. 9, et BENECH, p. 412 et suiv. Ce dernier auteur a essayé de baser une solution définitive sur l'esprit manifesté, sur ce point, par le législateur, dans la discussion des deux articles précités, et il nous semble qu'il l'a fait avec bonheur. *V.* aussi les observations de notre savant ami, M. DUVERGIER (année 1838, p. 357.)]]

75. *L'acte d'appel doit-il contenir assignation, à peine de nullité?*

Oui, parce que les dispositions du liv. 3, titre unique de l'appel, s'appliquent, comme nous l'avons dit, aux appels de toutes les juridictions. Or, l'art. 456 exige, à peine de nullité, que l'exploit d'appel contienne assignation.

Il en était de même avant la publication du Code de procédure, d'après l'art. 12, tit. 3, de la loi du 24 août 1790. (Cass., 6 sept. 1814; *S.*, t. 15, 1re part., p. 40.)

[[M. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 33, estime aussi qu'il faut appliquer à cet appel toutes les règles qui concernent l'appel des jugements des tribunaux civils. Cette opinion nous paraît devoir être adoptée.]]

Supp., p. 11. Autorités nouvelles

76. *Peut-on se pourvoir en appel contre les jugements par défaut rendus en la justice de paix?*

Ils sont, comme tous les autres, susceptibles d'appel après les délais de l'opposition. Le Code de procédure abroge en cela l'art. 4, tit. 3, de la loi du 26 octobre 1790. (Cass., 7 nov. 1820; *S.*, t. 21, 1re part., p. 82, et *J. Av.*, t. 3, p. 23.)

[[Tous les auteurs pensent, et c'est avec raison, qu'on peut interjeter appel d'un jugement par défaut rendu par un juge de paix. *V.* notamment MM. BERRIAT SAINT-PRIX, p. 412, not. 29; FAVARD DE LANGLADE, t. 1, p. 168; PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 34; THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 75, et BOITARD, t. 2, p. 405. A l'arrêt cité par M. Carré on peut ajouter celui qu'a rendu, dans le même sens, la Cour de cassation, le 8 août 1815 (*J. Av.*, t. 3, p. 22).]]

Supp., p. 11. Autorités nouvelles.

77. *Les jugements des justices de paix sont-ils sujets aux autres pourvois admis par le Code contre les décisions des autres tribunaux?*

La voie de l'opposition contre les jugements rendus par défaut et celle de la tierce opposition sont ouvertes contre les jugements rendus en justices de paix (art. 20 et 474); Cass., 23 juin 1806 (*J. Av.*, t. 21, p. 516); mais non pas la *requête civile*, puisque cette voie extraordinaire n'est accordée qu'à l'égard

des jugements des tribunaux d'arrondissement (1), des arrêts des Cours royales et des décisions d'arbitres. (*V.* art. 480 et 1006 (2). Quant au pourvoi en cassation, il n'est pas recevable pour simples contraventions à la loi; mais seulement pour incompétence ou excès de pouvoir. (Cassat., 5 février 1810, DENEVERS, 1810, p. 162, et *J. Av.*, t. 3, p. 264.)

[[Il ne l'est aujourd'hui que pour exces de pouvoir, d'après l'art. 15 de la loi du 25 mai 1838. Sur les observations relatives à l'opposition et à la tierce opposition, qui sont exactes, *V.* l'opinion conforme de MM. FAVARD DE LANGLADE, t. 5, p. 593; MERLIN, *Répert.*, t. 8, p. 793; BOITARD, t. 2, p. 404 et 405, et BENECH, p. 382, 405 et suiv.(*V.*, quant à la requête civile, la *Question* 1736.)]] **Supp. alph.**, v° *Just. de paix*, n. 233 et 234.

[[77 bis. *De ce que l'art. 1 de la loi du 25 mai 1838 dispose que l'appel des jugements rendus par les juges de paix ne pourra être interjeté pendant les trois jours qui suivront leur prononciation, faut-il conclure que l'exécution est aussi suspendue pendant le même délai?*

En règle générale le droit d'appeler est corrélatif au droit d'exécuter. Aussi le Code de procédure, en prescrivant, par son art. 449, que l'appel des jugements ne peut avoir lieu dans la huitaine qui suit leur prononciation, ajoute, article 450, que, pendant la même huitaine, l'exécution de ceux qui ne sont pas exécutoires par provision sera suspendue. Une règle analogue à celle que nous offre la première de ces deux dispositions a été introduite, pour les jugements des juges de paix, par la loi de 1838; mais la seconde ne leur a pas été expressément rendue commune.

Faut-il en conclure que l'exécution est permise avant l'expiration des trois jours?

Nous pensons, au contraire, que le sursis à l'exécution est une conséquence naturelle et irrésistible de la suspension du droit d'appel. Décider autrement ce serait, dit M. BENECH, p. 389, priver la partie qui a succombé de l'un des avantages les plus précieux de l'appel, qui est de suspendre et d'arrêter de plein droit toute exécution. (Art. 457.)

D'ailleurs le législateur n'a-t-il pas clairement manifesté son intention à cet égard, en levant le sursis de trois jours imposé à la partie qui veut appeler, lorsque le jugement est exécutoire par provision?]] **Supp.**, p. 44. Autor. nouv

[[77 ter. *L'appel des jugements qui ont statué sur des questions de compétence n'est-il pas soumis à une règle particulière?*

Oui : dans le cas où le juge s'est déclaré compétent, l'appel de son jugement ne peut être relevé, aux termes du § 3 de l'art. 14 de la loi du 25 mai 1838, qu'après le jugement définitif; ce qui ne veut pas dire, malgré l'apparence des termes, *après le jugement sur le fond*, puisque l'appel de l'interlocutoire est permis (art. 31, C. proc. civ.) avant le jugement sur le fond. N'impliquerait-il pas, dit avec raison M. BENECH, p. 402, que la partie qui userait de cette faculté n'eût pas le droit d'interjeter en même temps l'appel du chef qui a statué sur la compétence, et que le tribunal d'appel, après avoir confirmé le jugement interlocutoire, l'infirmât plus tard sur le chef qui a reconnu la compétence?

La disposition que nous venons de rappeler n'est donc applicable qu'au

---

(1) *V.*, pour les jugements des tribunaux de commerce, nos *Quest.* sur l'art. 480.

(2) *V.*, pour l'appel des jugements posses soires, nos *Quest.* sur l'art. 27, *in fine*.

cas où, en statuant sur la compétence, le juge de paix n'a pris, relativement au fond, que des mesures préparatoires, lorsqu'il a, par exemple, remis à une autre audience pour y prononcer. Alors il faut attendre le jugement ultérieur avant d'appeler du premier.

De cette manière, a dit M. le garde des sceaux, dans son *Exposé des motifs*, la partie condamnée sur le déclinatoire ne sera pas exposée, par un appel trop hâtif, à devancer la décision definitive qui peut lui être favorable, et, si elle défend au fond, elle ne sera pas pour cela censée avoir acquiescé à une décision qui pouvait encore faire l'objet de son appel [[Supp., alph., v° *Just. de p.*, n. 228.

[[77 quater. *Une décision par laquelle un juge de paix, sans prononcer sur sa compétence, renvoie purement et simplement les parties devant le tribunal d'arrondissement pour y être statué sur la contestation, doit-elle être attaquée par la voie de l'appel, ou donne-t-elle lieu à des poursuites en déni de justice?*

Par arrêt du 27 août 1806 (*J. Av.*, t. 3, p. 105), la Cour de cassation s'est prononcée pour la voie de l'appel, en disant que, quel que fût le motif pour lequel le juge de paix n'avait point retenu la connaissance du litige, sa décision n'en avait pas moins épuisé le premier degré de juridiction.

Ne pourrait-on point répondre que l'opinion d'un juge qui déclare ne pas vouloir juger, n'est pas décision sur la contestation. S'il s'était déclaré incompétent, alors, sans doute, il aurait rendu jugement; mais, en refusant de prononcer, c'est un véritable déni de justice qu'il a commis, et, si l'une des parties, sans appeler, donnait une nouvelle assignation devant le même juge, pour le même objet, on ne pourrait certainement pas lui opposer l'exception de la chose jugée résultant d'une décision qui ne jugeait rien. Toutefois, cette décision nous paraît devoir être qualifiée de *jugement d'incompétence*. Les termes en sont obscurs, mais le dispositif est un dessaisissement et un renvoi devant d'autres juges, deux choses qui révèlent une semblable décision.]]

ART. 17. Les jugements des justices de paix, jusqu'à concurrence de 300 fr., seront exécutoires par provision, nonobstant l'appel, et sans qu'il soit besoin de fournir caution. Les juges de paix pourront, dans les autres cas, ordonner l'exécution provisoire de leurs jugements, mais à la charge de donner caution. [[*V.* le n° XV.]]

Tarif, art. 21.—[Notre Comm. du Tarif, t. 1, p. 16 à 18, n°s 26 à 28.] — Loi du 24 août 1790, tit. 3, art. 9.—*Infra*, art. 12, 135, 136, 155, 439, 458, 459, 460, 840, 848.—[Loi du 25 mai 1838, art. 11 et 12 —Notre Dict. gén. de Proc., v° *Juge de paix*, n°s 78, 152, 154, 155.—Arm. Dalloz, v° *Exécution provisoire*, n°s 85 à 89.—Carré, *Compétence*, 2e part, liv. III, tit. 2, chap. 2, art. 320, éd. in-8°, t. 6, p. 301, et 2e part., liv. 3. tit. 4. art. 425, à la note, éd. in-8°, t. 7, p. 441.—Carré. *Justices de paix*, t. 4, p. 55 à 57, n°s 2749 à 2753.—Locre, t. 21, p. 185, 316 382, 385 et 558.—QUESTIONS TRAITÉES : Les jugements des justices de paix sont-ils exécutoires par provision nonobstant opposition? *Q.* 78. — Quels sont les cas dans lesquels le juge de paix peut ordonner l'exécution provisoire de ses jugements, lorsqu'ils porteraient une condamnation au-dessus de 300 francs? *Q.* 79.—Un jugement portant condamnation pour une somme de 300 francs ou au-dessous doit-il être exécuté par provision quoique le juge ne l'ait pas ordonné? *Q.* 80.—Si l'intimé se plaint que l'exécution provisoire n'ait pas été ordonnée dans les cas où elle est, soit commandée, soit autorisée, ou si l'appelant se plaint qu'elle l'ait été sans caution, dans le cas où la caution est nécessaire, comment sera-t-il statué sur ces difficultés? *Q.* 80 *bis*.— Un juge de paix délégué par un tribunal de première instance pourrait-il ordonner l'exécution provisoire de ses ordonnances, parce que le tribunal pourrait ordonner l'exécution provisoire de ses jugements? *Q.* 81.—La caution ordonnée par un jugement rendu en justice de paix doit-elle être présentée à son greffe? *Q.* 82.] (1) V. *infrà*, p. 74, Q. 80* et p. 76, Q. 82 *bis*.

---

(1) JURISPRUDENCE.

[Nous pensons que :

Ce n'est pas satisfaire à un jugement de justice de paix qui ordonne l'exécution provisoire, que de déposer à la caisse des consignations le montant des condamnations prononcées. Trib. de Troyes, 29 décemb. 1836, *J. Av.*, t. 52, p. 381.]

XV. Suivant la loi de 1790, le juge de paix ne pouvait ordonner l'exécution provisoire de ses jugements qu'en matière purement personnelle et mobilière, et à la charge de donner caution. Les auteurs du Code n'ont fait aucune distinction tirée de l'objet de la demande; mais, pour concilier la faveur due au jugement avec la nécessité de prévenir un tort, peut-être irréparable, que pouvait porter à la partie condamnée l'exécution d'une décision qu'elle parviendrait à faire infirmer, ils ont, quant à l'obligation de fournir caution, sagement distingué entre les causes d'un intérêt léger et celles d'un intérêt plus considérable.

[[Art. 11 de la loi du 25 mai 1838 : « L'exécution provisoire des jugements « sera ordonnée dans tous les cas où il y a titre authentique, promesse reconnue ou condamnation précédente dont il n'y a point eu appel.

« Dans tous les autres cas, le juge pourra ordonner l'exécution provisoire, « nonobstant appel, sans caution, lorsqu'il s'agit de pension alimentaire, ou « lorsque la somme n'excèdera pas trois cents francs, et, avec caution, au-« dessus de cette somme.

« La caution sera reçue par le juge de paix. »

Art. 12. « S'il y a péril en la demeure, l'exécution provisoire pourra être or-« donnée sur la minute du jugement, avec ou sans caution, conformément « aux dispositions de l'article précédent. »

On voit que ces dispositions ont de beaucoup restreint l'autorité que l'article 17 du Code de procédure civile accordait aux jugements émanés des juges de paix; leur compétence ayant été élargie par la loi nouvelle, les objets sur lesquels ils prononcent étant devenus plus importants, on a pensé qu'il était nécessaire de prendre plus de précautions contre les inconvénients d'une exécution précipitée (1).

Mais, les précautions une fois prises, on n'a pas craint d'autoriser, dans certains cas d'urgence, une marche encore plus rapide pour l'exécution, puisque le juge peut permettre d'y procéder sur la minute. On remarquera que c'est toujours après avoir rempli les conditions de sûreté déterminées par l'art. 11 : ainsi tous les intérêts se trouvent simultanément protégés.]]

78. *Les jugements des justices de paix sont-ils exécutoires par provision, nonobstant opposition?*

Puisque l'art. 17 les déclare tels, nonobstant l'appel seulement, il s'ensuit que l'opposition en suspend toujours l'exécution, suivant la règle générale que l'opposition est suspensive pour tous les cas où la loi ne fait pas d'exception.

Or, elle n'en a fait aucune pour les justices de paix, et l'on ne pense pas que l'on puisse y appliquer la disposition de l'art. 155, d'après lequel les juges peuvent, en certains cas, ordonner l'exécution provisoire nonobstant opposition.

La raison en est que la loi spéciale, n'ayant statué qu'à l'égard de l'appel, n'a pas entendu modifier, relativement à l'opposition, la règle que nous venons de rappeler.

On sent, d'ailleurs, que les délais pour former et juger l'opposition étant extrêmement abrégés en justice de paix, on n'a pas à craindre que la suspension de l'exécution porte préjudice aux parties.

---

(1) [P. 354 à 362, M. BENECH expose rapidement les vicissitudes qui ont préparé l'enfantement de ces deux articles, et il critique vivement le législateur, qu'il accuse d'inconséquence. Nous ne partageons pas complétement son opinion à cet égard.]

[[Cette décision qu'approuve, sauf une légère restriction pour les cas d'urgence, M. THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 771, nous paraît devoir encore être appliquée sous la nouvelle législation, en ce sens que le juge ne pourrait ordonner l'exécution provisoire nonobstant opposition. Il résulte, de la discussion de l'art. 11 de la loi nouvelle, que le législateur n'a entendu s'occuper que de l'exécution provisoire nonobstant l'appel. (*V.* la *Quest.* 588.)]]

79. *Quels sont les cas dans lesquels le juge de paix peut ordonner l'exécution provisoire de ses jugements, lorsqu'ils porteraient une condamnation au-dessus de* 300 *fr.?*

Ce sont ceux mentionnés aux six premiers paragraphes de l'art. 10, tit. 3, de la loi du 24 août 1790, et ceux dans lesquels la juridiction aurait été prorogée, [[et, depuis la nouvelle loi, ce sont les cas prévus par les art. 2, 3, 4, 5 et 6.]]

80. *Un jugement, portant condamnation pour une somme de* 300 *fr. ou au-dessous, doit-il être exécuté par provision, quoique le juge ne l'ait pas ordonné?*

Il suffit, pour résoudre affirmativement cette question, de lire l'art. 17. Il résulte, en effet, des termes dans lesquels sa première disposition est conçue, que la loi attache l'exécution provisoire au jugement, lorsque le montant de la condamnation n'excède pas 300 fr. : la loi ne prescrit ni la réquisition des parties, ni l'ordonnance du juge.

Mais cette remarque devient plus frappante encore, dès qu'on rapproche la seconde disposition de la première; on reconnaît alors que ce n'est que dans le cas de cette seconde disposition que l'ordonnance du juge est nécessaire, et qu'il faut la réquisition de la partie, parce que l'exécution provisoire est tout à la fois un droit auquel on peut renoncer, et une voie rigoureuse qui s'éloigne du droit commun, et qui, conséquemment, doit être restreinte dans ses limites. (V. *Exposé des motifs*, par le conseiller d'état Treilhard; *Quest. de Lepage*, p. 78, et *Biblioth. du Barr.*, 1re part., 1810, p. 227.)

[[Cette solution, qu'approuvent MM. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 34; THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 77, et BOITARD, t. 2, p. 406, était fort exacte, en effet, sous l'empire de l'art. 17 du Code de procédure civile; mais l'art. 11 de la loi du 25 mai 1838 a complétement modifié les principes à cet égard.

Non-seulement l'exécution provisoire est laissée à l'arbitrage du juge dans la plupart des circonstances, d'où il suit que, s'il ne l'a pas ordonnée, elle ne peut point avoir lieu; mais encore, quoiqu'il y ait des cas peu nombreux où il ne peut se dispenser de l'ordonner quand on la réclame, ceux où il y a titre authentique, promesse reconnue, ou condamnation précédente dont il n'y a pas d'appel, la volonté de la loi ne suffirait pas pour que la partie qui a obtenu le jugement pût en exercer le bénéfice, si une disposition spéciale et précise du jugement même ne l'y avait point autorisée. (*V.* la *Q.* 582.)]]

Supp. alph., v° *Just. de paix*, n. 460 et suiv. *Quand y a-t-il dispense de donner caution?*

[[**80** bis. *Si l'intimé se plaint que l'exécution provisoire n'ait pas été ordonnée dans les cas où elle est, soit commandée, soit autorisée, ou si l'appelant se plaint qu'elle l'ait été sans caution dans les cas où la caution est nécessaire, comment sera-t-il statué sur ces difficultés?*

Les art. 458, 459 et 460 du Code de procédure civile règlent la marche à suivre pour faire prononcer sur ces contestations, lorsque les jugements de l'exécution desquels il s'agit sont émanés des tribunaux d'arrondissement. M. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 35, est d'avis que ces dispositions sont applicables aux jugements des juges de paix. Si l'on devait décider ainsi avant la promulgation de

la loi de 1838, il y a plus de motifs encore de le faire depuis que cette loi est venue mettre en parfaite harmonie les principes sur l'exécution provisoire des jugements du tribunal de paix avec ceux qui sont écrits dans l'art. 135 du Code de procédure civile, pour les jugements des tribunaux civils, depuis surtout que le rapporteur de la loi a déclaré que toutes les dispositions du droit commun continueraient d'être applicables aux appels des justices de paix. (*V.* M. BENECH, p. 370.)]] SUPP., ALPH., *verb. cit.*, n. 164.

81. *Un juge de paix délégué par un tribunal de première instance pourrait-il ordonner l'exécution provisoire de ses ordonnances, parce que le tribunal pourrait ordonner l'exécution provisoire de ses jugements?*

Nous lisons, dans la *Bibliothèque du Barreau*, 1810, 2e part., p. 283, que cette question, *ainsi posée*, a été résolue affirmativement par arrêt de la Cour d'appel de Pau, du 15 février 1808; mais nous regrettons que les rédacteurs se soient bornés à réduire cette décision en proposition générale, sans faire connaître l'espèce dans laquelle elle a été rendue.

Nous ne voyons, en effet, aucun cas dans lequel le juge de paix délégué par un tribunal de première instance aurait à ordonner l'exécution provisoire de ses ordonnances, par le motif que le tribunal qui l'aurait commis aurait le droit d'ordonner celle de ses jugements. Nous ne trouvons d'analogie qu'entre les ordonnances que rendrait le juge de paix commis, et celles que le tribunal aurait rendues lui-même, s'il n'avait pas délégué ses pouvoirs; par exemple, nous dirions que, le juge de paix pouvant être commis par les juges de première instance, conformément à l'art. 1035, pour procéder à une enquête, l'ordonnance que ce juge rendrait dans le cas exprimé en l'art. 263, contre des témoins défaillants, serait exécutoire comme l'eût été celle qui, dans ce même cas, aurait été rendue par le juge de première instance.

[[Cette opinion nous paraît extrêmement juste, et dès lors nous ne pensons pas qu'on puisse, dans aucun cas, invoquer l'autorité de l'arrêt de la Cour de Pau.]]

82. *La caution ordonnée par un jugement rendu en justice de paix doit-elle être présentée à son greffe?*

En général, les juges de paix ne peuvent connaître de l'exécution de leurs jugements; c'est une conséquence de ce qu'ils sont juges d'exception (V. *Lois d'Organ. et de Compét.*, art. 255). Or, la réception de caution est essentiellement exécutoire; aussi le Code en traite-t-il au liv. 5, intitulé *de l'exécution des jugements*. On pourrait donc croire que la caution devrait être offerte au greffe du tribunal civil, et reçue par ce tribunal. Ce serait une erreur : le principe d'après lequel les juges d'exception ne connaissent point de leurs jugements ne s'entend que des seules difficultés qui s'élèveraient à raison des différentes voies d'exécution définitive, par saisie ou contrainte, mais non pas des actes de cette exécution que nous appelons *exécution par suite d'instance* (*V.* nos préliminaires du liv. 5), et qui sont des préalables nécessaires pour que le jugement puisse être définitivement exécuté. Ces actes en sont le complément; et, comme le juge ne peut être dessaisi qu'autant qu'il a rendu une décision susceptible d'être exécutée par les voies de droit, c'est à lui qu'il appartient de régler tout ce qui est nécessaire pour conduire à ce but. Nous pensons donc que la caution ordonnée pour l'exécution provisoire d'un jugement de justice de paix doit être présentée au greffe de cette justice, après avoir appelé la partie adverse au moyen d'une sommation. C'est d'ailleurs ce qui résulte de la combinaison des art. 17 du Code, et 25 du Tarif.

[[Le principe que M. Carré rappelle au début de sa solution, quoique d'abord contesté par quelques auteurs, et notamment par M. COFFINIÈRES (*J. Av.*, t. 16, p. 616), a fini par être adopté de tous. Deux arrêts de la Cour de Turin, des 6 mai et 30 juillet 1813 (*J. Av.*, t. 16, p. 614), l'ont consacré; la section du Tribunat, dans ses observations sur le projet de Code (LOCRÉ, t. 21, p. 385), le regardait comme incontestable; M. FAVARD DE LANGLADE, t. 3, p. 199, a démontré, dans une dissertation approfondie, qu'il ressortait évidemment de l'esprit et du texte d'un grand nombre de dispositions du Code de procédure. Enfin il a tellement pris sa place dans la jurisprudence et la doctrine, comme loi de droit commun, que le gouvernement, ayant eu l'intention de changer cet état de choses, avait cru devoir introduire, dans son premier projet de loi sur les justices de paix, un article destiné à l'abroger en disant : « Le juge de paix connaîtra des difficultés élevées sur l'exécution de ses jugements. » Cependant, convaincu par les observations des Cours royales que cette *innovation*, ce sont ses termes, serait plus nuisible qu'utile, le garde des sceaux supprima plus tard cette disposition : de tout cela il faut nécessairement conclure, avec M. BENECH, p. 379, que l'incompétence du juge de paix pour connaître de l'exécution de ses jugements est aujourd'hui plus certaine que jamais.

Mais, comme le prouve très bien M. Carre, il ne s'ensuit pas que la caution à fournir avant d'exécuter provisoirement ces jugements ne puisse être reçue par le magistrat qui les a rendus. MM. BERRIAT SAINT-PRIX, p. 491, not. 12, n° 5; THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 77, et BOITARD, t. 2, p. 407, enseignent aussi que la caution doit être reçue par le juge de paix, et non par le tribunal d'arrondissement. Mais M. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 35 et 36, est d'un avis directement opposé. Le dernier paragraphe de l'art. 11 de la nouvelle loi, rapporté textuellement sous notre n° XV, est venu mettre fin à la difficulté.

Néanmoins, sa rédaction, trop concise, laisse encore douter si l'on devra suivre, devant le juge de paix, pour la réception de la caution, les formalités auxquelles ce genre de procédure est soumis devant les tribunaux d'arrondissement, ou bien si l'on adoptera une marche plus abrégée.

Ce doute est heureusement levé en faveur de la dernière de ces alternatives, par les déclarations que firent aux chambres législatives les divers rapporteurs de la loi, et qui se résument très bien dans cette réponse de M. Amilhau, *le juge de paix recevra la caution à l'audience.*

Ainsi, dit M. BENECH, p. 375, point de formalités, point d'écritures, point de dépôt préalable, au greffe du juge de paix, des titres constatant la solvabilité de la caution.

Au jour indiqué, elle viendra à l'audience apportant ses titres; le juge les examinera séance tenante, écoutera les réclamations de la partie adverse, et prononcera. C'est ainsi que le juge de paix reçoit le serment des parties.

M. VICTOR FOUCHER, p. 407, nos 413 et 414, l'entend de la même manière, et réfute l'opinion contraire de M. Masson, autre commentateur de la nouvelle loi.]]

Supp. alph., v° *Just. de paix*, n. 170. *Le juge de paix peut-il interpréter ses sentences?*

ART. 18. Les *minutes* (1) de tout jugement seront portées, par le greffier, sur la feuille d'audience, et signées par le juge qui aura tenu l'audience et par le greffier.

---

(1) Les *minutes* sont les originaux des jugements écrits sur la feuille d'audience (art. 138), d'après laquelle le greffier délivre les *grosses* ou expéditions authentiques ou exécutoires.

Loi du 26 oct. 1790, tit. 8, art. 1er. 3, 7. — Code de proc. art. 30, 138, 139. — [Notre Dict. gen. de Proc., v° *Juge de paix*, n°s 147 à 149.—Carré, *Justices de paix*, t. 4, p. 58 à 59, n°s 2754 à 2759.— QUESTIONS TRAITÉES : Si l'audience a été tenue par un suppléant, est-ce le juge de paix ou ce suppléant qui doit signer la feuille d'audience? *Q.* 83.—La minute pourrait-elle être écrite par un commis-greffier assermenté? *Q.* 84. — Quelle peine encourrait le greffier qui délivrerait une expédition d'une minute qui n'aurait pas été signée par le juge? *Q.* 85.—Suffit-il, pour remplir le vœu de l'art. 18, que l'expédition d'un jugement énonce qu'il a été signé par le juge de paix et par le greffier, sans qu'il soit besoin que ces signatures soient textuellement relatées? *Q.* 85 *bis*.—Que doit faire le greffier du juge de paix dans le cas où celui-ci, après avoir prononcé un jugement, se trouverait dans l'impossibilité de signer? *Q.* 85 *ter*.—Doit-on suivre le mode ci-dessus indiqué, dans le cas où l'impossibilité de signer serait de la part du greffier? *Q.* 85 *quater*.] V. *infrà*, p. 80, Q. 85 *quinq*.

XVI. La loi ne contient aucune disposition spéciale sur la forme et la rédaction des jugements des justices de paix; mais il est des formalités essentielles à tout jugement, ce sont celles que prescrit l'art. 141 (1).

Add.— Nous sommes d'avis que des articles dont l'application doit être faite aux jugements des justices de paix, afin de suppléer au défaut de dispositions spéciales sur leur forme, l'art. 141 est un des plus essentiels. Cependant, avant la publication du Code de procédure, il avait été jugé, par un arrêt de la Cour de cassation, du 9 ventôse an 5, que la disposition de l'art. 15 de la loi du 24 août 1790, qui prescrit quatre parties distinctes dans la rédaction du jugement, était étrangère à ceux du juge de paix, et M. Coffinières, en rapportant cet arrêt, dans son *Journal des Avoués*, pense que la question serait aujourd'hui résolue de la même manière, attendu, dit-il, que l'art. 141 du Code de procédure, qui règle les formalités à observer dans la rédaction du jugement, ne peut s'entendre que du jugement de première instance, et que sa disposition est seulement déclarée commune aux arrêts des Cours d'appel, par l'art. 470.

M. Chauveau Adolphe, en rapportant de nouveau l'arrêt dont il s'agit, dans sa nouvelle édition du même journal, t. 16, p. 562, déclare qu'il ne partage pas l'avis de son savant prédécesseur, par le motif que l'art. 141 détermine des formes qui tiennent à l'essence du jugement, d'où suit qu'elles sont nécessaires à ceux du juge de paix : l'estimable arrêtiste cite à l'appui de son opinion celle de M. Favard de Langlade, des auteurs du *Praticien*, et de M. Lepage. M. Pigeau, dans son *Commentaire*, t. 1, p. 39, est d'un avis opposé.

Nous croyons bien, avec M. Chauveau, qu'il *convient* de se conformer à l'article 141 dans la rédaction des jugements des juges de paix, mais nous ne pensons pas qu'ils y soient obligés si rigoureusement que leur négligence, à cet égard, pût entraîner la nullité du jugement. Nos raisons de penser ainsi sont celles que nous avons énoncées en examinant la *Question* 596 qui est précisément celle dont nous nous occupons ici. **Carr.**

[[Notre opinion peut se résumer par ces mots de M. BOITARD, t. 2, p. 409 « La loi laisse libre la forme de rédaction des jugements des juges de paix, « pourvu que cela n'enlève pas à la sentence du juge l'aspect d'un jugement. « Il doit donc contenir ce qui est essentiel pour lui donner ce caractère. » Voici deux décisions qui sont des conséquences de ces principes : 1° l'absence de motifs *sur un des chefs secondaires* n'annullerait pas le jugement d'un juge de paix ; Cass. 19 nov. 1818 (*J. Av.*, t. 15, p. 138) ;

2° Le jugement qui porte « siégeant M...., juge de paix par *interim* en la cause » est nul, comme ne contenant pas énonciation suffisante du titre ou de la qualité en vertu desquels ce juge a exercé ses fonctions ; Cass. 19 juin 1828 (DALLOZ, t. 23, 1re part., p. 283).]]

---

(1) *Voy.* aussi, aux art. 146 et 545, celles qu'il est nécessaire d'observer pour que les jugements soient exécutoires.

83. *Si l'audience a été tenue par un suppléant, est-ce le juge de paix, ou ce suppléant, qui doit signer la feuille d'audience ?*

C'est [[évidemment]] le suppléant : si la loi s'est servi du terme de *juge*, c'est parce que le suppléant en a le caractère. (*V.* DELAPORTE, t. 1, p. 17).

84. *La minute pourrait-elle être écrite par un commis-greffier assermenté ?*

Oui, puisqu'une décision ministérielle, du 24 pluviôse an 12, porte que les greffiers des juges de paix peuvent avoir un commis assermenté qui *les rem place dans leurs fonctions.* (*S.*, t. 7, p. 993.)

[[Cette decision peut être considérée comme une loi supplétive.]]

85. *Quelle peine encourrait le greffier qui délivrerait une expédition d'une minute qui n'aurait pas été signée par le juge ?*

M. DELAPORTE, t. 1, p. 17, estime que le greffier pourrait être poursuivi comme faussaire ; et son opinion nous paraît avoir pour appui la disposition de l'art. 139.

[[C'est aussi l'avis de M. PICEAU, *Comm.*, t. 1, p. 36. Nous le partageons.]]

Add.—85 bis. *Suffit-il, pour remplir le vœu de l'art.* 18, *que l'expédition d'un jugement énonce qu'il a été signé par le juge de paix et par le greffier, sans qu'il soit besoin que ces signatures soient textuellement relatées ?*

Cette question s'est présentée en interprétation de l'art. 138, et a été résolue pour l'affirmative, par un arrêt de la Cour de cassation du 24 mai 1821 (*J. Av.*, t. 23, p, 194). M. de Foulan pense, avec raison, que l'on doit décider dans le même sens relativement aux jugements des justices de paix. **Carr.**

[[C'est aussi notre avis.]]

Add. — 85 ter. *Que doit faire le greffier du juge de paix dans le cas où celui-ci, après avoir prononcé un jugement, se trouverait dans l'impossibilité de le signer ?*

Cette question a été prévue, pour les Cours et les tribunaux de première instance, par l'art. 37 du réglement du 30 mars 1808, concernant l'organisation judiciaire et l'administration de la justice ; mais, comme cet article porte que, dans le cas d'impossibilité du président, la minute doit être signée par le plus ancien des juges ayant assisté à l'audience, il est évident qu'il ne fournit aucun argument pour la décision de notre espèce. Le suppléant pourra-t-il signer ? Non sans doute. Comment attesterait-il ce qui a été jugé, puisqu'il n'a pas concouru au jugement, puisque, d'ailleurs, il arriverait presque toujours qu'il n'y eût pas même assisté.

Dans cet embaras, suivra-t-on, comme nous l'avons fait dans notre *Traité des Justices de paix* (1), l'avis de M. de Foulan (2), qui pense que, en pareille circonstance, le greffier n'aurait autre chose à faire qu'à signer le jugement lui-même, et à déclarer, en signant, que le juge de paix n'a pu signer, et pour quelle cause ; que, cela fait, le greffier se retirerait par devers le procureur du

---

(1) Tom. 4, p. 59, n° 2759.
(2) *Journal spécial*, t. 1, p. 243.

oi du ressort, lequel, sur l'exposition des circonstances, prendrait les mesures nécessaires pour constater le fait; ce à quoi il parviendrait toujours par une enquête.

En réfléchissant plus mûrement sur cette marche, nous ne saurions dissimuler qu'il lui manque un complément nécessaire, pour que le jugement soit rendu exécutoire. On demandera par qui se fera l'enquête, comment, lorsque l'enquête sera faite, l'on en constatera les résultats, tant sur la minute que sur l'expédition, de manière que cette constatation supplée la signature? Voici ce que M. Merlin (1) dit à ce sujet :

« S'il s'agit d'un jugement qui a été ou qui doit être rendu par un seul juge, c'est-à-dire d'un jugement d'un tribunal de paix ou de police, il semble que la partie en faveur de laquelle le jugement a été rendu pourrait s'adresser au tribunal de première instance, qui, après avoir entendu la partie adverse, le juge de paix, si cela était possible, et son greffier, et avoir vérifié la feuille d'audience, ordonnerait, s'il y avait lieu, que le jugement serait expédié sur la signature qu'y apposerait, soit le suppléant du juge de paix, soit le juge de paix du canton le plus voisin. »

M. Chauveau Adolphe (*J. Av.*, t. 16, p. 654) demande si cette opinion est conforme à l'esprit du décret du 30 mars 1808? Nous répondons qu'il serait difficile d'imaginer un mode de suppléer à la signature, qui se rapprochât davantage des dispositions de ce décret, puisqu'il veut que le plus ancien des juges qui ont concouru au jugement remplace le président; or, dans les justices de paix, où la justice est rendue par un seul juge, il est naturel que ce soit le suppléant plutôt qu'un autre, et que, si le suppléant est empêché, ou a lui-même prononcé le jugement, on ait recours à l'autorité du tribunal.

Nous croyons aujourd'hui devoir préférer ce mode à celui qu'indique M. de Foulan, et que nous avions nous-même adopté dans notre *Traité* précité *des Justices de paix*.

Nous ajouterons, toutefois, que le jugement du tribunal, qui a autorisé le suppléant ou le juge de paix le plus voisin à apposer sa signature à la minute, doit y être joint et relaté dans l'expédition. Jusque-là nous ne pensons pas qu'il fût exécutoire.

Au surplus, nous remarquerons que M. Merlin (2) dit que l'art. 18 du Code de procédure ne fixe pas, comme l'art. 138, le délai dans lequel les juges de paix et leurs greffiers devront signer les minutes des jugements portés sur les feuilles d'audience; de sorte que, si la signature n'a pu être apposée à cause d'un accident passager, l'existence pourra être donnée au jugement par la signature, tant que les minutes resteront déposées au greffe. Mais si l'accident était irréparable, comme dans le cas de décès du juge, d'interdiction judiciaire pour cause de démence ou folie, d'impossibilité physique de signer, il faudrait bien se conformer au mode que nous venons d'indiquer.

Terminons en faisant observer qu'il résulte de tout ce qui précède que le défaut de signature n'opère point, dans tous les cas, la nullité du jugement, ainsi que l'ont pensé par erreur les auteurs du *Praticien français*, t. 1, p. 163. **Carr.**

[[M. THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 78, partage cette erreur. L'assentiment que M. Carré donne ici au système de M. Merlin lève tous nos doutes, et nous n'hésitons plus à l'approuver.]] **Supp., alph.**, v° *Just. de paix*, n. 149.

---

(1) *Répertoire* au mot *Signature*, 3e éd., aux Additions, t. 18, p. 656.
(2) *Répertoire* Additions, t. 18, p. 533.

Add. — 85 quater. *Doit-on suivre le mode ci-dessus indiqué, dans le cas où l'impossibilité de signer serait de la part du greffier?*

Non, le commis-greffier assermenté suppléerait de droit la signature du greffier en chef. Mais, comme celui-ci n'est pas obligé d'avoir un commis, qu'il en a seulement la faculté (*Quest.* 84), il faut, s'il n'en a pas, se conformer à la dernière disposition de l'art. 37 du décret du 30 mars 1808, qui porte que, dans le cas où l'impossibilité de signer serait de la part du greffier, il suffira que le président en fasse mention en signant. Ici l'analogie est frappante : le juge de paix suppléera donc par cette mention à l'absence de la signature du greffier. **Carr.**

[[La même doctrine est enseignée, avec raison, par M. THOMINE DESMAZURES t. 1, p. 78.]]

Supp. alph., v° *Just. de paix*, n. 152. *L'expédition est-elle inutile si le montant de la condamnation est déposé entre les mains du greffier?*

TITRE III.

Des Jugements par défaut, et des Oppositions à ces jugements

V. *infrà*, liv. 2, tit. 8, *Des Jugements par défaut, et Oppositions.*

On doit juger *par défaut* la partie qui ne comparaît pas pour présenter ses moyens.

Mais, à cet égard, il faut faire une distinction importante entre le demandeur et le défendeur; distinction prescrite par les anciennes ordonnances, rappelée par le Code aux art. 150 et 434, et de laquelle résulte une règle générale, applicable dans les justices de paix, malgré le silence des lois spéciales qui les régissent :

« Si le demandeur ne comparaît pas, le juge accorde, sans examen, défaut « et congé de la demande (c'est-à-dire qu'il déboute le demandeur, et le con- « damne aux dépens).

« Si, au contraire, c'est le défendeur qui laisse défaut, le juge ne peut pro- « noncer qu'après vérification de la demande. »

D'où suit qu'il doit suppléer tous les moyens que le défendeur eût pu faire valoir lui-même, s'il s'était présenté.

Nous donnerons les motifs de cette règle dans nos préliminaires sur le tit. 8 du liv. 2, où nous exposerons les définitions et les notions générales qui conviennent à toute espèce de défaut, dans quelque tribunal que ce soit. Ici, nous nous bornerons à faire remarquer ce qui, dans les justices de paix, s'écarte des règles ordinaires.

Premièrement, il ne peut y avoir qu'un seul défaut, celui *faute de comparaître.*

Secondement, l'opposition, c'est-à-dire le pourvoi devant le même juge, doit *toujours* contenir citation (20).

Troisièmement, le délai de ce pourvoi est plus court (20); mais aussi le juge peut suspendre la prononciation du défaut, et ordonner la réassignation (19).

Quatrièmement, il peut même, en adjugeant défaut, fixer un plus long délai pour l'opposition (21).

Cinquièmement, l'opposant en retard peut quelquefois se faire relever de la rigueur du délai légal (21).

En général, on doit regarder comme étant sans application dans les justices de paix, les dispositions légales établies pour les autres tribunaux, lorsqu'elles ne tiennent pas directement à la nature même du défaut. Cette remarque sera principalement développée par les questions que nous allons examiner.

ART. 19. Si, au jour indiqué par la citation, l'une des parties ne comparaît pas, la cause sera jugée par défaut, sauf la réassignation, dans le cas prévu dans le dernier alinéa de l'art. 5 (1).

Tarif, 21.— [Notre Comm. du Tarif, t. 1, p. 18 et 19, n°s 1, 3, 4 et 5.] — Loi du 26 oct 1790, tit. 3 art. 2.—Code de proc., art. 1, 150, 151, 153, 156.—[Armand Dalloz, v° *Jugement par défaut*, n°s 29 à 35.— Carré, *Justices de paix*, t. 4, p. 60 à 63, n°s 2760 à 2768.—QUESTIONS TRAITÉES : Lorsque, de deux parties citées devant le juge de paix, l'une comparaît et l'autre fait défaut, ce juge doit-il appliquer l'art. 153 du Code de proc. civ.? *Q.* 86.—En admettant que l'art. 153 soit applicable en justice de paix, le serait-il, dans le cas où un garant assigné ne comparaîtrait pas, en sorte que le défaut donné contre lui dût être joint, comme dans l'espèce de la précédente question? *Q.* 87.—Lorsque plusieurs défendeurs sont cités à différents délais, y aurait-il lieu à donner défaut contre celui qui ne comparaîtrait pas à l'expiration du délai le plus rapproché? *Q.* 87 *bis*.—Si le défendeur étant present refuse de se défendre, ou se borne à dire qu'il n'entend ni avouer ni contester le jugement, doit-il être rendu par défaut? *Q.* 88. — Le juge de paix est-il obligé de donner congé défaut à la première audience à laquelle le demandeur négligerait de comparaître? *Q.* 89.] V. *infrà*, p. 81, Q. 89 *bis*.

86. *Lorsque, de deux parties citées devant le juge de paix, l'une comparaît et l'autre fait défaut, ce juge doit-il appliquer l'art.* 153 *du Code de procédure?*

M. Lepage, dans ses *Questions*, p. 18, et M. Dumoulin, dans la *Bibliothèque du Barreau*, 1810, p. 92 et 228, 1re part., maintiennent l'affirmative, qu'ils fondent sur ce que, l'article dont il s'agit ayant pour objet de simplifier la procédure, et d'éviter les frais, rien ne s'oppose à ce que ses dispositions soient étendues aux justices de paix.

Ainsi, suivant ces auteurs, il serait donné défaut contre celui qui ne comparaîtrait pas; le défaut serait joint au principal, et, après une nouvelle signification, il serait statué sur le tout par un même jugement.

Pour écarter cette opinion, nous nous fondons sur l'arrêt de la Cour de cassation, du 13 septembre 1809, rapporté sur l'art. 20, n° 93.

Add.—Nous avons reproduit cette solution qui est adoptée par M. PICEAU, *Comm.*, t. 1, p. 38, dans notre *Traité des Justices de paix*, t. 4, p. 61, n° 2764. M. Renard la répète dans son *Manuel de Procédure civile*, pag. 114, à la note, ainsi que M. ROGRON, pag. 35, et tous les deux l'ont appuyée, comme nous, sur l'arrêt de la Cour de cassation du 13 sept. 1809, rapporté sur notre *Question* 93. Comme nous avons été le premier auteur de cette controverse, nous nous sommes fait un devoir rigoureux de l'examiner de nouveau; voici les motifs qui nous portent à rétracter notre première opinion.

L'arrêt du 13 sept. 1809 (*J. Av.*, t. 16, p. 599), rendu dans l'intérêt de la loi, sur le réquisitoire de M. Merlin, n'a point statué sur la question qui nous occupe; il a seulement décidé que l'art. 156 n'était pas applicable en justice de paix; mais ce qui nous excusera d'avoir raisonné par analogie de cette décision, c'est que, dans les considérants, l'on trouve énoncé, en principe général, sans distinction ni exception, qu'il n'est pas permis de suppléer aux dispositions spéciales qui régissent les justices de paix par celles qui concernent les tribunaux d'arrondissement.

Cette doctrine, nous ne l'avons adoptée qu'avec modification, et, d'après cela, nous raisonnons comme suit sur la question qui fait l'objet de ce nouvel examen.

---

(1) C'est-à-dire si l'assigné n'a pas eu les délais prescrits par cet art. 5.

Il est vrai que les expressions de l'art. 19 du Code paraissent donner lieu à la conséquence que, dès le premier défaut, la cause doit être jugée définitivement : si, au jour indiqué par la citation, porte cet article, l'une des parties ne comparaissait pas, la cause sera jugée par défaut.

Mais, 1° par ces mots, *l'une des parties*, la loi n'entend parler que du défendeur ou du demandeur, et non du cas où l'action porte sur plusieurs individus. On le prouve par les art. 20, 21 et 22, qui se rapportent à l'art. 19, et dans lesquels le législateur s'occupe seulement du cas où il n'y a dans la cause qu'un demandeur et qu'un défendeur.

2° On ne peut contester que les règles tracées par l'art. 153 tendent efficacement à simplifier la procédure et à économiser les frais ; elles sont fondées sur la raison et sur l'utilité publique ; elles préviennent d'ailleurs la contrariété possible des jugements ; elles sont dans une harmonie parfaite avec l'esprit qui a présidé à la rédaction des dispositions spéciales qui règlent la procédure des justices de paix. D'un autre côté elles ne sont point en opposition avec leur texte. Revenons donc à reconnaître qu'elles peuvent être étendues aux justices de paix, et que, par conséquent, il doit être donné défaut contre celui des défendeurs qui ne comparaît pas ; que le défaut doit être joint au principal, et que ce n'est qu'après une nouvelle signification que le juge de paix peut statuer sur le tout par un seul et même jugement, conformément à l'art. 153.

Quant à l'arrêt du 13 septembre 1809, sur lequel nous avions fondé l'opinion que nous rétractons ici, une simple remarque suffit pour écarter la conséquence que nous en tirions : c'est que la raison pour laquelle l'art. 156 ne peut être appliqué aux jugements par défaut rendus par les juges de paix, est que ces jugements sont régis, quant à leur force obligatoire, par l'art. 20, tandis que l'art. 153 s'applique au contraire à la question qui nous occupe, attendu que l'art. 19, qui ne l'a pas prévue, ne peut pas la régir. Il faut d'ailleurs remarquer qu'il s'agit, dans l'art. 156, ainsi que l'arrêt le déclare, d'une sorte de péremption pénale qui, n'ayant pas été prononcée contre les jugements par défaut des justices de paix, ne peut l'être par le juge sans ajouter à la loi. Voilà le seul et véritable motif pour lequel l'art. 153 peut être appliqué dans ces justices, quoiqu'il en soit autrement de l'art. 156. **Carr.**

[[Laquelle devons-nous adopter des deux opinions successivement embrassées par M. Carré?

D'un côté il semble, au premier aspect, que les motifs qui ont déterminé la Cour de cassation et presque tous les auteurs à décider que l'art. 156 est inapplicable aux jugements par défaut des justices de paix doivent dicter une décision analogue pour l'art. 153. MM. THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 80, et BOITARD, t. 2, p. 412, ont complétement adopté cette conséquence. M. Thomine ajoute même qu'il voit moins de difficulté au second cas qu'au premier. La distinction dont M. Carré essaie, dans son dernier paragraphe, d'appuyer l'opinion contraire, ne nous paraît avoir aucun fondement. Car, s'il est vrai que l'art. 19 a laissé la question intacte, en ne disposant point sur le cas que l'art. 153 a prévu, il nous semble difficile de soutenir que la même lacune n'existe pas dans l'art. 20 sur l'espèce régie par l'art. 156.

Mais voici, d'après nous, le véritable motif de décider comme l'a fait M. Carré dans ses additions. C'est que la disposition de l'art. 156 est exceptionnelle, de droit nouveau, rigoureuse dans ses conséquences, infirmative de l'autorité que la loi accorde généralement à une décision judiciaire ; enfin, il faut bien le dire, une exception presque exorbitante au droit commun ; d'où il suit qu'on ne peut arbitrairement l'étendre. Celle de l'art. 153 est au contraire bienveillante, conforme à la nature des choses, qui veut qu'avant de juger on entende, autant que possible, toutes les parties, qu'on donne à la défense

le temps de se compléter, qu'on termine un seul procès par un seul jugement, qu'on prévienne l'inconvénient de deux décisions contradictoires. Ces considérations doivent déterminer à l'appliquer toujours dans le silence de la loi. Aussi n'hésitons-nous pas à l'étendre de la même manière aux tribunaux de commerce, comme on peut le voir sous la *Quest* 621 *quinq*, *in fine*.]] **Supp.**, p. 13.

87. *En admettant que l'art.* 153 *soit applicable en justice de paix, le serait-il, dans le cas où un garant assigné ne comparaîtrait pas, en sorte que le défaut donné contre lui dût être joint, comme dans l'espèce de la précédente question?*

Nous ne croyons pas que l'art. 153 puisse être ainsi étendu hors du cas qu'il a prévu, et qui est celui dans lequel il n'y a entre parties qu'une seule affaire principale, qui doit recevoir la même instruction et subir un seul jugement, tandis que, au contraire, l'action en garantie n'est qu'un incident à l'action principale; incident qui souvent peut en être séparé.

Si donc le défendeur en garantie ne comparaît pas, on ne joint point le profit du défaut; on ne le joindrait pas davantage si, de plusieurs défendeurs en garantie, un seul était défaillant. Cette jonction retarderait, d'ailleurs, le jugement de l'action principale contre l'intérêt du demandeur originaire, et ce motif seul suffirait pour écarter l'application de l'art. 153. — (V. *Biblioth. du Barr.*, 1810, 1re part. pag. 228.)

[[Nous adoptons cette décision et ses motifs. Voir nos *Quest.* 621 *sexies* et 769.]]

Add. — **87** bis. *Lorsque plusieurs défendeurs sont cités à différents délais, y aurait-il lieu à donner défaut contre celui qui ne comparaîtrait pas à l'expiration du délai le plus rapproché?*

Par les motifs ci-dessus énoncés sur la *Quest.* 86, nous pensons qu'on doit appliquer non-seulement l'art. 151, qui veut qu'il ne soit pris défaut contre chaque défendeur qu'après l'échéance du plus long délai; mais aussi l'art. 152, qui prescrit de comprendre tous les défaillants dans le même défaut. La raison dominante pour décider ainsi, c'est qu'en justice de paix, où il s'agit ordinairement d'affaires peu importantes, le besoin d'économiser les frais se fait plus vivement sentir que dans les tribunaux civils d'arrondissement.

Si donc, dans l'espèce de la présente question, il était pris des défauts séparément, nous estimons, ainsi qu'il est dit dans l'art. 152, que les frais de ces défauts ne doivent point entrer en taxe, mais rester, comme frustratoires, à la charge du demandeur. **Carr.**

[[Telle est l'opinion de M. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 38. Nous allons plus loin encore, *Quest.* 621 *ter*, nous prononçons la nullité de ce jugement.]]

88. *Si le défendeur, étant présent, refuse de se défendre, ou se borne à dire qu'il n'entend ni avouer ni contester, le jugement doit-il être rendu par défaut?*

Le jugement est contradictoire, parce que celui qui, étant appelé en justice pour répondre à la demande, s'y refuse par entêtement ou mauvaise foi, est censé y adhérer et n'avoir aucune exception à opposer.

Cependant, si la partie, en comparaissant, alléguait, pour motif d'impuissance de répondre, l'impossibilité dans laquelle elle serait de représenter à l'instant telle ou telle pièce, de se procurer tels ou tels renseignements nécessaires à sa défense, alors le juge pourrait lui accorder un délai. — (V. *Prat.*, t. 1, p. 165; Cass., 4 fév. 1806; *D.*, an 14—1806, p. 255; *J. Av.*, t. 15, p. 293.)

[[La décision nous paraît juste et le tempérament équitable. V. *Q.* 615.]]

89. *Le juge de paix est-il obligé de donner congé défaut à la première audience à laquelle le demandeur négligerait de comparaître?* [[Quid *si c'est le défendeur?*]]

Nous décidons pour l'affirmative la question du demandeur; mais si ce demandeur avait déjà comparu, et qu'il eût été rendu un jugement préparatoire ou interlocutoire, ou ordonné une remise, et que le demandeur fût en défaut de comparaître ensuite, nous pensons que le juge de paix pourrait continuer la cause à la première audience, s'il avait des motifs de croire que la non-comparution fût l'effet de l'erreur ou d'un empêchement légitime: ce ne serait qu'à la seconde audience ainsi fixée qu'il serait tenu de prononcer défaut.

En effet, dans une espèce où nous supposons une première comparution, il est moins présumable que le demandeur ait entendu renoncer à la demande.

[[Cette décision est en harmonie avec le système d'indulgence que le législateur semble avoir voulu appliquer, d'une manière générale, à tout ce qui concerne les règles et formalités en matière de justice de paix. Néanmoins il a été jugé par la Cour de cassation, le 20 juillet 1837 (*J. P.*, t. 2 de 1837, p. 383), qu'il n'y aurait pas excès de pouvoir, en supposant qu'il y eût irrégularité, de la part du juge qui, après avoir ordonné une remise, jugerait, au jour indiqué, en défaut de l'une des parties, sans que nouvelle citation lui eût été donnée. D'ailleurs il est certain, comme M. Carre le dit en commençant, que le demandeur qui ne comparaît pas au jour fixé par sa citation doit être démis de sa demande sans examen.

Le défaut à octroyer contre le défendeur exige plus de précautions. Les conclusions du demandeur ne doivent, dans ce cas, être adjugées qu'autant qu'elles se trouvent justes et bien vérifiées, comme l'art. 150, Cod. proc. civ., le prescrit à l'égard des demandes portées devant les tribunaux d'arrondissement, c'est-à-dire, si, demeurant les faits énoncés dans la citation, le juge reconnaît que les conclusions qui ont été prises en sont la conséquence nécessaire. M. THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 79, insiste particulièrement sur cette nécessité d'examen préalable, qu'énonce à son tour M. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 39, en ajoutant que le juge pourra aussi, conformément au même article, faire remettre les pièces sur le bureau pour prononcer le jugement à une prochaine audience.

Quoique la lettre de l'art. 19 semble dire que le défaut doit être prononcé au jour indiqué par la citation, il est trop évident que le juge a toujours le droit de s'éclairer pour que nous n'adoptions pas pleinement cette dernière opinion de M. PIGEAU.

Mais nous ne pensons pas, comme M. BOITARD, t. 2, p. 410, que la réassignation puisse être ordonnée dans d'autres cas que celui qui est prévu par l'article 5, savoir, lorsque les délais de la loi pour la citation n'ont pas été observés.]]

Supp. alph., v° *Just. de paix*, n. 178 et 179. *Quand aucune partie ne comparaît, le demandeur peut-il plus tard obtenir défaut, si la citation indiquait tel jour et les audiences suivantes?*

ART. 20. La partie condamnée par défaut pourra former opposition, dans les trois jours de la signification faite par l'huissier du juge de paix, ou autre qu'il aura commis.

L'opposition (1) contiendra sommairement les moyens de la partie, et assignation au prochain jour d'audience, en observant toutefois les

(1) *Voy.* les préliminaires du liv. 8, tit. 2.

délais prescrits pour les citations; elle indiquera les jour et heure de la comparution, et sera notifiée ainsi qu'il est dit ci-dessus.

Tarif, 21.—[Notre Comm. du Tarif, t. 1, p.19, n°s 10 et 11]—Loi du 26 oct. tit. 3, art. 3.—Ordonn de 1667, tit. 16, art. 4 et 6.—Code de proc., art. 1, 156, 157, 158, 159, 161, 163.—[Notre Dict. gén de Proc., v° *Juge de paix*, n°s 156 à 161.— Carré, *Comp.*, 2e part., liv. 1er, tit. 3, chap. 4, art. 1533, n° LXXXVI, à la note, éd. in-8°, t. 3, p. 9; et liv. III, tit. 4, chap. 3, art. 423, à la note, t. 7, p. 440. — Carré, *Justices de paix*, t. 4, p. 63 à 66, n°s 2769 à 2776. — Locré, t 21, p. 559. — QUESTIONS TRAITÉES : Les trois jours donnés pour former l'opposition sont-ils francs conformement à l'art. 1033, en sorte, par exemple, qu'une opposition formée le 5 à un jugement signifié le 1er, fût valable comme ayant été faite en temps utile? *Q.* 90.—Mais du moins ce délai de trois jours doit-il, d'après l'art. 1033, être augmenté d'un jour par trois myriamètres de distance entre le domicile du défaillant et celui de l'autre partie? *Q* 91 —Si le dernier jour du délai de l'opposition était un jour de fête legale, l'opposition serait-elle valablement formée le lendemain? *Q.* 92.—L'art. 156 du C. de pr. est-il applicable aux jugements par défaut rendus par les juges de paix? *Q.* 93.—Peut-on faire, aux jugements rendus par défaut par les justices de paix, l'application des art. 158 et 159, qui permettent l'opposition jusqu'à l'exécution? *Q.* 93 *bis*. — Si l'opposition ne contenait pas les moyens et assignations ainsi que l'exige la seconde disposition de l'art. 20, n'en arrêterait-elle pas moins l'exécution du jugement? *Q.* 93 *ter*.—L'exécution serait-elle arrêtée par un acte d'opposition qui n'énoncerait aucun moyen, mais dans lequel l'opposant déclarerait employer comme tels ceux qu'il a fait valoir de vive voix devant le juge de paix? *Q.* 93 *quater*.—Si le jugement était exécuté avant le délai fixé pour l'opposition, le condamné pourrait-il la former par un des actes indiqués dans l'art. 162? *Q.* 93 *quinqu*.— Si l'opposition portait assignation à un délai très éloigné, le défendeur à cette opposition pourrait-il l'anticiper? *Q.* 93 *sexies*.— La partie contre laquelle on a obtenu défaut peut-elle se pourvoir par opposition avant la notification? *Q.* 94.— L'opposition au jugement par défaut d'un juge de paix peut-elle, si elle contient citation, être faite sans commission spéciale, par l'huissier du domicile du défendeur, au lieu de l'être par l'huissier du juge de paix qui a rendu le jugement? *Q* 95.—Le jugement du juge de paix qui prononce des condamnations contre un tiers, ou quelque chose à faire par lui, ne peut-il être exécuté que sur la représentation d'un certificat du greffier constatant qu'il n'y a pas d'opposition? *Q.* 95 *bis*.]

90. *Les trois jours donnés pour former opposition sont-ils francs, conformément à l'art.* 1033, *en sorte, par exemple, qu'une opposition formée le* 5 *à un jugement signifié le* 1er *fût valable, comme ayant été faite en temps utile?*

M. Commaille tient l'affirmative, t. 1, p. 49.

M. LEVASSEUR, p. 77, maintient au contraire que le délai n'est pas franc, et que, la signification du jugement étant faite le premier, l'opposition doit être formée au plus tard le 4. Telle est aussi l'opinion des auteurs du *Praticien français*, t. 1, p. 168.

Nous pensons que l'on doit se conformer à cette dernière opinion.

A la vérité, l'art. 1033 veut que le jour de la signification et celui de l'échéance ne soient point comptés dans le calcul des délais; mais l'art. 20 déroge à cette disposition générale, puisqu'il exige que l'opposition soit faite *dans* les trois jours de la signification. Or, elles ne le seraient pas *dans* ce délai, mais *après*, si les trois jours étaient francs.—(*V.* les *Quest.* sur l'art. 157.)

Mais il ne faut pas oublier que le jour de la signification ne doit pas être compté, puisque la loi dit dans *les trois jours de la signification*. Ainsi, le premier jour du délai est celui qui suit immédiatement le jour où elle a été faite.

Il en est, en effet, du délai de l'opposition comme du delai de l'appel.—(*Voy.* les *Quest.* sur l'art. 443.)

C'est donc avec raison que M. Levasseur a dit que, la signification d'un jugement par défaut étant faite le premier d'un mois, l'opposition doit être formée au plus tard le quatrième. Ainsi, M. DUMOULIN (*Biblioth. du Barr.*, 1801, 1ère part. p. 229), en admettant comme nous que le délai n'est pas franc, dit à tort qu'une opposition est tardive, lorsqu'elle est faite le quatrième jour de la signification.

[[*Quatrième* doit s'entendre ici sans compter le jour même de la signification. Quoique MM. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 40, et THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 83, soient d'un autre avis que M. Carre, nous adoptons celui de ce dernier

auteur, par les motifs qu'il développe et que ses adversaires ne combattent point.]]

91. *Mais du moins ce délai de trois jours doit-il, d'après l'art.* 1033, *être augmenté d'un jour par trois myriamètres de distance entre le domicile du défaillant et celui de l'autre partie?*

C'est l'opinion de tous les auteurs; et en cela rien de contraire à la solution que nous avons donnée sur la question précédente. On observera que, si nous n'avons pas appliqué l'art. 1033, en ce qu'il contient de relatif à la franchise du délai, c'est par le motif qu'il nous est démontré que l'art. 20 y déroge, en se servant de cette préposition *dans*, qui a la même signification que la préposition *pendant*, employée dans l'art. 157.

Mais l'art. 20, comme l'art. 157, ne faisant que sous ce rapport exception à la règle générale de la franchise du délai, l'art. 1033 doit recevoir son application en ce qui concerne l'augmentation du délai en raison des distances.

Voici, au reste, comment M. Dumoulin prouve que cette application doit être faite. « L'augmentation d'un jour par trois myriamètres, dit ce jurisconsulte, a été introduite pour donner aux parties le temps de faire les « notifications et les comparutions dans un lieu éloigné. Cette augmentation « est nécessaire pour l'opposition comme pour toute autre signification. Si « on refusait, dans l'espèce, une prorogation de délai, on rendrait l'opposition « impossible, on ôterait à la partie les moyens de se défendre.

« On opposera peut-être l'art. 21; mais il ne parle que du cas où le défaillant n'a pas été *instruit* de la procédure, pour *absence* ou pour *maladie*. Or, « ce cas n'est pas celui que nous examinons. Il est vrai cependant que, s'il « n'existait pas dans le Code de disposition semblable à celle de l'art. 1033, « on pourrait, par argumentation, appliquer l'art. 21 à notre hypothèse; mais « l'augmentation de délai que nécessitent les distances est fixée trop positivement par l'art. 1033, pour qu'on puisse le faire.

« Il faut, par conséquent, distinguer ces deux articles, et renfermer chacun « dans le cas pour lequel il est fait.

« En faisant usage de l'art. 1033, on évitera l'arbitraire du juge, les débats « et les justifications nécessaires. Il y aura, entre la prorogation et les distances, des proportions exactes, même celles qui sont indiquées par la « loi » (1).

[[Cette solution n'est contestée par aucun auteur. MM. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 40, THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 83, professent la même doctrine.]]

92. *Si le dernier jour du délai de l'opposition était un jour de fête légale, l'opposition serait-elle valablement formée le lendemain?*

[[Nous rapportons la solution donnée par M. Carré sur cette question, et dans laquelle il avait persisté sur les feuilles de son supplément, sous notre n° 651 *bis*, où nous la rapprochons de celles qu'il donne, en divers endroits de son ouvrage, sur des questions analogues. Après avoir analysé la doctrine et la jurisprudence et avoir passé en revue les cas nombreux où la même difficulté peut se presenter, nous exposons notre théorie.]]

93. *L'art.* 156 *du Code de procédure est-il applicable aux jugements par défaut rendus par les juges de paix?*

Il a été décidé par arrêt de la Cour de cassation, du 13 septembre 1809

---

(1) On peut ajouter à ces motifs ceux donnés par M. Lepage, dans ses *Questions*, p. 79, et les arrêts cités sur l'art. 157

(*J. Av.*, t. 16, p. 599), rendu sur les conclusions de M. le procureur général Merlin, que ces jugements ne sont soumis qu'aux règles établies dans le tit. 3, liv. I du Code.

Les motifs qui ont déterminé la Cour de cassation à prononcer de la sorte, sont autant de conséquences d'une proposition générale que la Cour a consacrée, savoir : que le Code de procédure a séparé les dispositions relatives à la procédure en justice de paix, de celles qui règlent la procédure dans les tribunaux inférieurs (1).

Add. — Nous avons donné, sur la *Quest.* 86, les raisons qui nous ont déterminé à maintenir que cet article n'était pas applicable aux jugements des justices de paix, encore bien que nous ayons pensé qu'il en était autrement de l'art. 153. Nous maintenons, en conséquence, la solution donnée sur la *Quest.* 93, non pas à raison du principe général sur lequel nous l'avions fondée, et que nous croyons aujourd'hui sujet à de nombreuses modifications ou exceptions ; mais par cette considération principale, qu'il s'agit, dans l'art. 156, d'une péremption qu'il n'est pas permis de suppléer, tandis que l'application de l'art. 153 se trouve parfaitement en harmonie avec l'esprit général qui a dicté les dispositions spéciales qui règlent la procédure en justice de paix.

Il suit de là que l'on doit considérer comme non avenue la note que nous avions ajoutée à cette *Quest.* 93, et dans laquelle, adoptant, pour ainsi dire sans réserve, le principe général posé dans l'arrêt du 13 septembre 1809, nous disions qu'il n'était permis, dans le silence du livre 1er du Code, de recourir aux dispositions qui concernent la procédure des tribunaux de première instance, que dans les seuls cas où il s'agissait d'interpréter celles que ce premier livre renferme. **Carr.**

[[On peut voir notre opinion conforme sous la *Quest.* 86 ; elle est aussi partagée par MM. FAVARD DE LANGLADE, t. 3, p. 169, n° 12 ; PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 39 ; THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 81 ; BONCENNE, t. 3, p. 73, et BOITARD, t. 2, p. 412. On peut encore ajouter à ces autorités un arrêt de la Cour d'Orléans, du 14 avril 1809 (*J. Av.*, t. 16, p. 599).]] **Supp. alph.**, v° *Just. de paix*, n. 498.

Add.—93 bis. *Peut-on faire aux jugements par défaut rendus par les justices de paix l'application des art.* 158 *et* 159, *qui permettent l'opposition jusqu'à l'exécution.*

L'arrêt précité du 13 septembre 1809 résout implicitement cette question pour la négative, et tel est aussi l'avis de M. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 40, auquel nous n'hésitons pas à nous ranger. La raison que cet arrêt nous offre pour décider ainsi est que, si le législateur avait entendu que les art. 158 et 159

---

(1) C'est de cette séparation qu'elle a conclu que l'on ne pouvait appliquer l'art. 156. Or, n'en sera-t-il pas de même dans toute autre espèce ?

L'affirmative nous paraît résulter évidemment de l'arrêt que nous avons rapporté ; il y aura dans tous les cas même raison de décider. Ainsi, nous pensons qu'en général il n'est pas permis à un juge de paix de suppléer au silence du livre 1er du Code de procédure, par les dispositions que renferme le livre second.

Mais nous ne voudrions pas étendre cette conséquence jusqu'à interdire à ce juge d'interpréter les articles qui règlent la procédure à faire devant lui, par les articles qui règlent celle à suivre dans les tribunaux inférieurs ; c'est, au contraire, le meilleur mode d'interprétation qu'il puisse adopter, pourvu qu'il en use avec précaution, et sans contrarier l'esprit de la procédure spéciale de sa justice.

[*Voir* les additions de M. Carré, au texte, *in fine*.]

fussent applicables aux jugements dont il s'agit, il s'en fût expliqué, comme il l'a fait dans l'art. 643 du Code de commerce, en disant que les art. 156, 158 et 159, relatifs aux jugements rendus par tribunaux inférieurs seront applicables aux jugements par défaut rendus par les tribunaux de commerce.

Une seconde raison se puise dans le réquisitoire de M. Merlin sur ce même arrêt, où il prouve que les art. 158 et 159 sont la conséquence de l'art. 156; qu'ils ne sont, dans la pensée du législateur, que la partie d'un même tout, que les élements d'un même système, avec lequel la disposition de l'art. 20 ne peut se coordonner. Or, dès qu'il a été prouvé que l'art. 156 n'était pas susceptible d'application aux jugements rendus par les juges de paix, l'on doit nécessairement en conclure qu'il en est ainsi des art. 158 et 159. **Carr.**

[[D'ailleurs l'art. 20, qui fixe un délai déterminé, ne suffit-il pas pour faire résoudre négativement la question proposée, comme le font observer MM. THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 81, et BOITARD, t. 2, p. 413?]] V. art. 648.

Add.—93 ter. *Si l'opposition ne contenait pas les moyens et assignation, ainsi que l'exige la seconde disposition de l'art. 20, n'en arrêterait-elle pas moins l'exécution du jugement?*

Nous ne le pensons pas; car la loi, par ces mots, *contiendra* sommairement *les moyens de la partie et assignation*, exprime assez que l'opposition doit être considérée comme non avenue, si elle ne contient pas ces moyens et cette assignation; on peut d'ailleurs argumenter, à l'appui de cette opinion, de l'article 161, qui porte, en termes formels, que l'opposition qui ne contiendra pas les moyens n'arrêtera pas l'exécution, et sera rejetée sur un simple acte **Carr.**

[[C'est, avec raison, l'opinion de M. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 40. M. THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 85, l'adopte en ce qui concerne l'absence de l'assignation, mais il dit que l'omission des motifs ne serait qu'une irrégularité qui ne le vicierait point; toujours croyons-nous qu'un acte semblable ne devrait pas suspendre l'exécution.]] **Supp. alph.**, v° *Just. de paix*, n. 200 et suiv.

Add.—93 quater. *L'exécution serait-elle arrêtée par un acte d'opposition qui n'énoncerait aucuns moyens, mais dans lequel l'opposant déclarerait employer comme tels ceux qu'il a fait valoir de vive voix devant le juge de paix*

Cette question est résolue comme suit par M. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 40. Si ces moyens avaient été exposés à l'audience; que, la cause ayant été renvoyée à un autre jour, la partie eût fait défaut, elle ne serait pas tenue de les énoncer, il lui suffirait de déclarer qu'elle les emploie comme moyens d'opposition. Le savant auteur argumente de l'art. 161; il avait émis, dans son premier traité, une opinion semblable, relativement aux oppositions contre un jugement par défaut rendu en matière sommaire, où la loi n'admet aucune écriture, comme en justice de paix; nous l'avons combattue sur notre *Quest.* 673, et, par les motifs que nous y avons exposés, nous n'admettons point la décision qu'il reproduit dans son commentaire. **Carr.**

[[V., *Quest.* 673, notre opinion et les autorités.]]

Add.—93 quinqu. *Si le jugement était exécuté avant le délai fixé pour l'opposition, le condamné pourrait-il la former par un des actes indiqués dans l'art. 162?*

M. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 42, pose cette question et la résout pour l'affirmative; mais il nous semble impossible, dès lors qu'il est admis qu'en justice

de paix on ne peut former opposition après le délai fixé par l'art. 20, qu'un jugement puisse être exécuté avant l'expiration de ce bref délai. La question ne pourrait donc se poser que dans le cas où l'on se présenterait pour exécuter; c'est alors seulement qu'il y aurait lieu d'appliquer, pour arrêter l'exécution, la disposition de l'art. 162, sous la condition toutefois de renouveler l'opposition faite sur un des actes de cette exécution, dans le délai de trois jours, qu'il faudrait d'après l'art. 20 substituer à celui de huitaine, porté dans ce même art. 162. **Carr.**

[[Cette opinion nous paraît fondée.]]

Add. — 93 sexies. *Si l'opposition portait assignation à un délai très éloigné, le défendeur à cette opposition pourrait-il l'anticiper?*

Nous avons dit, sur l'art. 5, *Quest.* 17, que la citation pouvait être donnée à un délai plus long que celui d'un jour, puisque cet article porte un jour au moins; mais nous ne doutons pas, d'après ce que nous avons dit sur les *Quest.* 325 et 396, que le défendeur cité à un délai trop long ne puisse se présenter à l'échéance du délai légal, s'il croit avoir intérêt à le faire, et cet intérêt est surtout pressant lorsqu'il s'agit d'opposition à un jugement par défaut; car il est évident que celui qui s'oppose, en citant à un délai éloigné, n'a pour objet que de prolonger l'effet suspensif que la loi attache à l'opposition à un jugement. *Malitiis non indulgendum.* **Carr.**

[[Sans doute l'opposition avec citation à un délai plus long que trois jours ne serait pas nulle. *V.* au *J. Av.*, t. 13, p. 27, deux arrêts de la Cour de cassation qui le décident ainsi à l'égard d'un exploit ordinaire; mais, pour abréger le délai, le défendeur devrait assigner lui-même l'opposant au plus prochain jour. C'est l'observation que font MM. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 40, et THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 85. *V.* notre *Quest.* 322.]]

94. *La partie contre laquelle on a obtenu défaut peut-elle se pourvoir par opposition avant la notification?*

M. GUICHARD, p. 137, n° 14, examine cette question relativement au demandeur qui fait défaut sur sa propre citation, et contre lequel le défendeur a obtenu *congé.* Il répond que, tant que le jugement de congé n'est pas notifié, le demandeur est censé l'ignorer, ou du moins est censé présumer que son adversaire n'entend point s'en servir. Il n'est dans le cas de l'attaquer par opposition *qu'après la notification;* mais, s'il veut aller en avant sur la demande, il peut citer de nouveau, en déclarant qu'il est, en tant que besoin, opposant à tout jugement que le défendeur aurait obtenu par défaut contre lui, sauf à réitérer l'opposition après la signification du jugement.

Nous ne croyons pas qu'il soit exact de dire que la partie défaillante ne peut attaquer le jugement par opposition qu'après la notification.

La notification d'un jugement n'a pour but, en général, que de le faire connaître à la partie condamnée, afin de la constituer en demeure d'acquiescer ou de se pourvoir contre, et enfin de mettre la partie qui a obtenu gain de cause à lieu d'exécuter par les voies de droit. (Cassation 1er août 1808 BERRIAT, p. 369, n° 41, et *J. Av.*, t. 3, p. 182.)

Aussi a-t-il été jugé, relativement à l'appel, qu'on pouvait se pourvoir avant la notification. (Cassation, 17 mars 1806, *J. P.*, 3e édit., t. 5, p. 232, 4 mars 1812, *S.*, 1812, p. 194 et *J. Av.*, t. 6, p. 677.)

Il serait difficile de trouver des raisons de différence entre l'opposition et l'appel.

Il y a plus : nous regardons comme frustratoire la notification qui serait faite du jugement après l'opposition, puisque l'opposition est toujours suspensive. (*Suprà*, n° 78.)

Concluons de ces observations que la partie contre laquelle un défaut a été prononcé peut former opposition avant la notification, en se conformant aux formalités prescrites par l'art. 20.

[[Nous ne croyons pas qu'on puisse élever de doute sur cette solution.]]

95. *L'opposition au jugement par défaut d'un juge de paix peut-elle, si elle contient citation, être faite sans commission spéciale, par l'huissier du domicile du défendeur, au lieu de l'être par l'huissier du juge de paix qui a rendu le jugement ?*

M. Biret résout cette question pour la négative, t. 2, p. 89, et nous partageons entièrement son avis ; mais on a vu, n° 10, que, par son arrêt du 6 juillet 1814 (*J. Av.*, t. 8, p. 317), la Cour suprême l'a tout autrement décidée.

[[Voyez notre opinion sous le n° 10, on remarquera d'ailleurs que cette question a bien moins d'importance depuis que la libre concurrence a été établie entre tous les huissiers d'un même canton.]]

[[**95** bis. *Le jugement du juge de paix qui prononce des condamnations contre un tiers, ou quelque chose à faire par lui, ne peut-il être exécuté que sur la représentation d'un certificat du greffier, constatant qu'il n'y a pas d'opposition ?*

Cette précaution est exigée, lorsqu'il s'agit de l'exécution d'un jugement de tribunal, ou d'un arrêt de Cour royale (art. 163, 164 et 548 du Code de procédure civile); et la loi a pris soin, pour qu'elle fût praticable, d'ordonner qu'il soit tenu, au greffe de ces tribunaux supérieurs, un registre sur lequel l'avoué de l'opposant doit faire mention de l'opposition. Mais ce registre n'existant pas au greffe des justices de paix, l'intimation faite par l'art. 163 aux avoués ne pouvant s'appliquer aux parties qui plaident devant le tribunal de paix, M. Pigeau, *Comm.*, t. 1, p. 40 et 41, en conclut, avec raison selon nous, que le tiers ne peut exiger, avant de se soumettre à l'exécution, le certificat dont il s'agit, et que, si cette exécution avait eu lieu nonobstant une opposition déjà formée, l'opposant n'aurait de recours que contre sa partie adverse et non contre le tiers.]] Voy. sous l'art. 548 la question relative à l'observation de cet article devant les tribunaux de commerce.

ART. 21. Si le juge de paix sait par lui-même, ou par les représentations qui lui seraient faites à l'audience, par les proches, voisins ou amis du défendeur, que celui-ci n'a pu être instruit de la procédure, il pourra, *en adjugeant le défaut*, fixer, pour le délai de l'opposition, le temps qui lui paraîtra convenable ; et, dans le cas où la prorogation n'aurait été ni accordée d'office, ni demandée, le défaillant pourra être relevé de la rigueur du délai, et admis à opposition, en justifiant qu'à raison d'absence ou de maladie grave, il n'a pu être instruit de la procédure (1).

[Notre Commentaire du Tarif, t. 1, p. 19, n°2.]—Loi du 26 octobre 1790, tit. 3, art. 5.—[Notre Dict. gén. de proc., v° *Juge de paix*, n°s 76, 77, 162 — Carré, *Compét.*, 2e part., liv. III, tit. 4, chap. 3 art. 423, à la note, éd. in-8°, t. 7, p. 440. — Carré, *Justices de paix*, t. 4, p. 66 à 68, nos 2778 à 2781, — Locre, t. 21, p. 383. — QUESTIONS TRAITÉES : Dans le premier cas de l'art. 21, le juge de paix

(1) La loi établit ici une exception de faveur qui ne peut être appliquée qu'aux seuls cas qu'elle exprime.

qui proroge le délai doit-il rendre compte de ses motifs? *Q.* 96. — Les représentations dont il s'agit en l'art. 21 peuvent-elles être faites confidentiellement au juge de paix? *Q.* 97. — Dans le cas où la prorogation n'a été ni accordée d'office, ni demandée, la partie condamnée par défaut doit-elle présenter une requête au juge, afin d'être autorisée à s'opposer après le délai? *Q.* 98. — Le juge de paix peut-il ordonner, par un jugement interlocutoire, que la partie qui demande à être relevée de la rigueur du délai fasse preuve des faits sur lesquels elle fonde cette demande? *Q.* 98 *bis*. — Devrait-on décider de la même manière, s'il avait été interjeté appel du jugement par un mandataire? *Q.* 98 *ter*. — L'art. 21 n'autorisant le juge de paix à relever de la rigueur du délai qu'en cas d'absence ou de maladie, est-il limitatif ou démonstratif, en sorte qu'un individu, qui justifierait avoir été dans l'impossibilité physique de former opposition dans le délai, pourrait jouir du bénéfice de cet article? *Q.* 99.]

96. *Dans le premier cas de l'art.* 21, *le juge de paix qui proroge le délai doit-il rendre compte de ses motifs?*

La loi ne lui impose pas cette obligation. Or, on ne peut faire résulter une nullité de l'inobservation d'une forme qui n'est pas prescrite. (*V.* DELAPORTE, t. 1, p. 19.)

[[Cependant, dans l'intérêt de sa dignité, et pour éviter les accusations de partialité ou d'arbitraire, nous pensons que le juge fera bien de motiver sa décision.]]

97. *Les représentations dont il s'agit en l'art.* 21 *peuvent-elles être faites confidentiellement au juge de paix?*

Elles devaient être faites à l'*audience*, conséquemment à haute voix, dit M. DELAPORTE, t. 1, p. 19. La loi a voulu qu'elles pussent être combattues et discutées par la partie qui requiert le défaut.

Nous pensons que, l'article autorisant le juge de paix à proroger les délais sur les renseignements qu'il *a pu acquérir par lui-même*, on ne peut exiger que les représentations des proches, des voisins ou des amis du défendeur, lui soient faites à haute voix, pour être débattues par la partie adverse. Ceci nous paraîtrait contraire à l'esprit de la loi, qui laisse la prorogation du délai à la discrétion du juge.

Add. — Nous ajouterons que la loi, par ces mots, *temps convenable*, entend que ce temps soit réglé, suivant les circonstances, d'après la nature de l'absence ou de la maladie. Ainsi, dit M. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 42, un militaire, ou autre employé au service de l'État, et qui est éloigné, doit avoir un plus long délai, il faut aussi considérer la gravité et la longueur de la maladie. **Carr.**

[[Toutes ces décisions sont fort justes.]]

98. *Dans le cas où la prorogation n'a été ni accordée d'office, ni demandée, la partie condamnée par défaut doit-elle présenter une requête au juge afin d'être autorisée à s'opposer après le délai?*

M. DELAPORTE, t. 1, p. 20, dit que la partie doit présenter une requête expositive des motifs et des obstacles qui l'auraient empêchée de se présenter sur l'assignation, et y joindre les preuves qu'elle peut produire.

D'autres pensent que la partie doit *signifier* une opposition motivée, que le juge reçoit ou rejette.

Telle est notre opinion. Vainement opposerait-on que, si la partie qui demande à être relevée de la rigueur du délai présentait une requête sur laquelle le juge admettrait ou rejetterait l'opposition, elle se rendrait opposante avant d'avoir été *relevée* de la rigueur de ce délai. Nous répondrons que le juge de paix, sur cette opposition, n'en conserve pas moins le droit de juger s'il y a lieu de la déclarer valable. En cela, il se conforme à l'usage reçu dans tous les tribunaux, de recevoir préalablement l'opposition dans la forme; il

économise les frais, écarte les lenteurs, et suit rigoureusement l'esprit de la procédure tracée pour sa justice.

[[Néanmoins, comme le dit M. Carré lui-même, dans ses notes manuscrites, si on prenait la voie de la requête, elle ne devrait pas être rejetée. La loi n'ayant indiqué aucune forme, l'opposant ne peut être contraint à suivre l'une plutôt que l'autre. C'est même la voie de la requête qui fut employée, sans contestation, dans l'espèce d'un arrêt de la Cour de cassation, du 2 janvier 1828 (*J. Av.*, t. 34, p. 65), dont M. Carré invoque l'autorité dans les questions suivantes.]]

Add. — 98 bis. *Le juge de paix peut-il ordonner, par un jugement interlocutoire, que la partie qui demande à être relevée de la rigueur du délai fasse preuve des faits sur lesquels elle fonde cette demande?*

Cette question a été décidée pour l'affirmative par arrêt de la Cour suprême, du 2 janvier 1828 (*J. Av.*, t. 34, p. 65), portant cassation d'un jugement du tribunal civil de Bernay, qui avait annulé, pour excès de pouvoir, celui par lequel le juge de paix avait ordonné que des héritiers, reprenant une instance suspendue par le décès de leur auteur, prouveraient qu'à l'époque d'un jugement par défaut obtenu contre celui-ci, il avait été dans un état de maladie tel qu'il n'avait pas été possible de lui donner connaissance de la signification.

Il suffit de lire le texte de la loi pour se convaincre que le jugement d'appel devait être cassé; car, l'art. 21 exigeant que le cas de maladie grave présenté pour cause d'ignorance du jugement par défaut, soit justifié, il s'ensuit nécessairement que le juge de paix a le droit d'en ordonner la preuve toutes les fois qu'elle n'est pas fournie. **Carr.**

[[Cela est évident.]]

Add. — 98 ter. *Devrait-on décider de la même manière, s'il avait été interjeté appel du jugement par un mandataire?*

L'affirmative résulte encore de l'arrêt précité; mais il faut remarquer que l'appel avait été interjeté par la femme du défaillant, en vertu d'une procuration générale donnée un mois avant le jugement par défaut. Si cette procuration avait été spéciale et souscrite après la signification du jugement, on eût été fondé à annuler l'interlocutoire, puisque ce mandat eût par lui-même fourni la preuve de la connaissance du jugement par défaut de la part du condamné. **Carr.**

[[C'est aussi ce que les termes de l'arrêt expriment clairement.]]

99. *L'art. 21 n'autorisant le juge de paix à relever de la rigueur du délai qu'en cas d'absence ou de maladie, est-il limitatif ou démonstratif, en sorte qu'un individu, qui justifierait avoir été dans l'impossibilité physique de former opposition dans le délai, pourrait jouir du bénéfice de cet article?*

Quoique la règle *contra non valentem agere non currit præscriptio*, ne soit pas en général applicable aux délais de procédure, nous pensons que l'on doit ici consulter l'esprit plutôt que la lettre de la loi; que conséquemment la disposition de l'art. 21 doit être considérée comme *démonstrative.*

Si donc il arrivait que le défaillant eût été dans l'impuissance de former son opposition dans le délai; par exemple, à cause d'une inondation qui lui aurait fermé l'accès du chef-lieu du canton où résidait l'huissier, ou de tout autre accident vraiment grave, nous pensons que le juge de paix pourrait relever de la déchéance; faculté que la loi lui donne comme exerçant une juridiction

paternelle, à la nature de laquelle il tient qu'il soit laissé beaucoup à sa discrétion et à sa prudence.

[[Cette opinion, partagée par M. Thomine Desmazures, t. 1, p. 84, est tout à fait conforme à l'esprit de la loi.]] *V. Q.* 1598.

Art. 22. La partie opposante qui se laisserait juger une seconde fois par défaut ne sera plus reçue à former une nouvelle opposition (1).

Loi du 26 octobre 1790, tit. 3, art. 5.—[Notre Dict. gen. de proc., v° *Juge de paix*, n°s 134, 163. 165 à 167. — Carré. *Comp.*, 2e part., liv. 1er, tit. 1er, chap. 1er, art. 12, *Q.* 36, éd. in-8°, t. 1. p. 246. — Carré, *Justices de paix*, t. 4, p. 68, n°s 2782 et 2783. — Locré, t. 21, p. 186 et suiv. — Question traitée : Tout jugement par défaut rendu en premier ressort, soit sur une première, soit même sur une seconde opposition, est-il sujet à l'appel? *Q.* 100.]

100. *Tout jugement par défaut rendu en premier ressort, soit sur une première, soit même sur une seconde opposition, est-il sujet à l'appel?*

C'est l'opinion de tous les auteurs. On applique l'art. 443 du Code de procédure, parce que les dispositions du titre unique, liv. 3, concernent en général tous les appels, de quelque tribunal que soit émané le jugement, du moins en tout ce qui peut se concilier avec la procédure sommaire qu'exigent les appels des décisions des juges de paix.

Il est vrai que la loi du 26 octobre 1790 n'autorisait pas l'appel des jugements par défaut rendus par les justices de paix; il dérogeait par là au principe des deux degrés de juridiction; mais, le Code n'ayant pas rétabli cette disposition, on ne peut douter qu'il n'ait entendu l'abroger, et ramener en ce point aux principes généraux de la matière. (Cassation, 8 août 1815, et 7 novembre 1820 (*J. Av.*, t. 3, p. 21.)

[[Telle est aussi, et avec raison, l'opinion de MM. Pigeau, *Comm.*, t. 1, p. 42; Favard de Langlade, t. 1, p. 168; Berriat-Saint-Prix, p. 412, not. 29, et Thomine Desmazures, t. 1, p. 85. Mais, sous la loi du 26 oct. 1790, plusieurs arrêts avaient appliqué la disposition qui prohibait l'appel des jugements par défaut. Ils sont tous de la Cour de cassation, et sous les dates des 9 vent. an 5 (*J. Av.*, t. 16, p. 561), 7 vent. an 7 (*J. Av.*, t. 13, p. 30), et 13 therm., et 8 fruct. an 11 (*J. Av.*, t. 3, p. 21).

Cette disposition avait été insérée dans le projet du Cod. proc. civ., mais elle fut supprimée au Conseil d'Etat. En effet, le droit d'appel n'est-il pas plus juste et plus précieux lorsqu'on n'a pu se défendre que lorsque le jugement a été contradictoire? *V.* Locré, t. 21, p. 186 et suiv.]]

TITRE IV.

Des Jugements sur les Actions possessoires.

C'est par la possession que les choses sont en notre puissance et que nous en usons : la possession établit donc une présomption légale de leur propriété. Le maître étant le seul qui doive posséder, il était naturel de présumer que l'ancien propriétaire ne s'était pas laissé dépouiller de sa possession sans de

---

(1) [Il en était de même sous la loi du 26 octobre 1790; arrêt de la Cour de cassation du 18 mars 1806 (*J. Av.*, t. 16, p. 588).]

justes motifs, et, par conséquent, de considérer comme maître le possesseur actuel, au moins jusqu'au moment où un autre viendrait prouver que c'est lui qui est propriétaire. La possession est donc un moyen d'acquérir qui, comme tous les autres, peut fournir matière à des contestations.

Ces contestations, toujours relatives au maintien ou au rétablissement d'une partie dans une possession acquise, sont l'objet des actions que l'on nomme *possessoires*. Ainsi, toutes les réclamations qui s'élèvent en justice, à l'occasion d'un simple dommage, d'une voie de fait, d'un enlèvement de fruits ou récoltes, ne sont point des actions possessoires, si d'ailleurs il n'est pas question, entre les parties, du droit de possession.

La possession dont il s'agit ici ne consiste pas dans la simple occupation d'une chose, elle doit avoir non-seulement le caractère de la possession décrite dans l'art. 2229 du Code civil, mais il faut encore qu'elle ait été continuée pendant un an au moins; c'est ce qu'on appelait autrefois *saisine*. Par conséquent, elle ne peut fonder une action possessoire, si elle a été troublée, contestée, interrompue civilement, si elle résulte d'un titre précaire, c'est-à-dire si le possesseur n'a joui que comme *usufruitier*, *mandataire*, *séquestre*, etc. (1). Il faut pouvoir maintenir qu'on possède la chose à titre de maître, *non tanquam alienam*, *sed animo domini* (C. C., art. 2228 et 2229; C. de P., art. 23). Il faut aussi que la chose possédée soit susceptible d'être acquise par la prescription, c'est-à-dire par la continuation de la possession durant le laps de temps fixé par la loi (C. C., art. 2219 et 2229).

En effet, l'action possessoire ayant pour objet de constater une présomption légale de propriété, fondée sur la possession, il serait contradictoire que l'on admît cette présomption en faveur du possesseur d'une chose ou d'un droit, dont la propriété ne peut résulter que d'un titre exprès.

Les immeubles, et les droits réels qui y sont attachés, sont les seuls biens sujets à cette action, « puisqu'en fait de meubles, la possession vaut titre, » (C. C., art. 2229), et qu'alors la propriété se confond presque toujours avec la possession.

Il suit de ces observations, que l'action possessoire est une action compétant à celui qui possède à titre non précaire, et depuis un an, un héritage ou un droit réel s'acquérant par prescription, à l'effet d'être maintenu ou réintégré dans sa possession

Dans le premier cas, l'action prend le nom de *complainte;*

Dans le second, on l'appelle *réintégrande.*

Mais il est à remarquer que cette distinction, que l'ordonnance de 1667 avait établie en termes formels, n'a point été rappelée par le Code de procédure, sans doute parce qu'elle devenait inutile, puisqu'il ne fait aucune différence entre *la complainte* et *la réintégrande*, soit quant aux règles de la compétence, soit quant aux formalités de la procédure.

---

(1) Ce n'est pas que l'usufruitier, le fermier ou tout autre possesseur à titre précaire, ne puisse intenter, en son nom personnel, une action pour dommages faits à sa récolte, ou pour tout trouble apporté à sa jouissance. Nous disons seulement qu'ils n'ont point l'action que la loi qualifie *possessoire* (Cass., 7 septembre 1808, *S.*, t. 8, p. 555; *J. Av.*, t. 2, p. 374, dont l'effet, lorsqu'elle est jugée recevable et fondée, est d'établir une présomption de *propriété* qui ne peut céder qu'à la preuve contraire de ce droit, et qui se convertit en titre légal de ce même droit, à l'expiration du délai fixé pour la prescription. Remarquons toutefois que si l'usufruitier n'a pas cette action, à l'effet d'être ainsi légalement présumé *propriétaire* de la chose qu'il tient en usufruit, il est recevable à la former, lorsqu'il est troublé dans la jouissance des droits attachés à l'usufruit. (*V.* notre *Traité d'organ. et de compét.*, liv. 2, tit. 1er, art. 231, et liv. 3, art. 317.)

Quoi qu'il en soit, l'art. 2060 du Code civil disposant que la partie, condamnée sur une instance en *réintégrande*, est sujette à la contrainte par corps, si elle ne délaisse pas l'héritage, il en résulte que la distinction dont il s'agit produit encore quelques effets légaux, et par conséquent on doit la conserver dans la doctrine.

[[Elle est d'ailleurs expressément reproduite dans l'art. 6 de la loi du 25 mai 1838.]]

Nous avons dit que la présomption de propriété, attachée à la possession, cède à la preuve du droit de propriété revendique contre le possesseur. C'est cette revendication qui constitue l'action *pétitoire*, par laquelle le propriétaire d'un fonds, ou d'un droit réel attaché au fonds, agit contre celui qui possède l'un ou l'autre, à l'effet d'en être déclaré propriétaire.

Toutes les règles de notre législation actuelle sur les actions possessoires, ont été puisées dans l'ordonnance de 1667, dont les dispositions étaient, en grande partie, tirées du droit romain sur les interdits. (V. *Inst. de interd.*, *et les titres correspondants du Digeste*). Mais il faut remarquer que, des trois interdits possessoires des Romains, *adipiscendæ*, *retinendæ* et *recuperandæ possessionis*, nos législateurs n'ont admis que les deux derniers (1).

Add. — Nous avons, tant dans notre *Traité* des lois d'organisation et de compétence que dans celui des justices de paix, établi, avec tous les développements dont elles nous ont paru susceptibles, les théories des actions possessoires.

Nous avons en même temps examiné et résolu les questions qui se sont élevées ou que nous avons présumées pouvoir s'élever, non-seulement sur la compétence, mais encore sur le fond de ces importantes matières. L'un ou l'autre de ces deux ouvrages contient donc le supplement que nous aurions à donner ici aux doctrines posées et aux questions examinées sur le tit. 4 du Code de procédure; car il est facile de remarquer que les unes et les autres se rattachent toutes aux articles qui composent ce titre, l'art. 27 étant pour ainsi dire le seul qui appartienne positivement à la procédure.

Quant aux nombreuses décisions rendues sur ces matières par les tribunaux, on en trouve des notices sommaires 1° dans la nouvelle édition du *Manuel des Justices de Paix* de Levasseur, par M. de FOULAN, p. 53-62; 2° dans le *Manuel de procédure civile* de M. RENARD, p. 116 et suiv.; 3° dans la collection générale du *Journal des Avoués*, t. 2, p. 318-320. On devra surtout consulter la jurisprudence de M. DALLOZ, au mot *actions possessoires*, t. 1, p. 230 et suiv. L'abondance des matières que nous avons à traiter nous oblige de passer sous silence ces discussions qu'il est d'ailleurs si facile de trouver dans les recueils de jurisprudence. **Carr.** *Add.* **Supp.**, p. 14.

ART. 23. Les actions possessoires ne seront recevables qu'autant qu'elles auront été formées dans l'année du trouble, par ceux qui,

---

(1) Parmi ces règles, il en est une que le Code n'a pas formellement reproduite, mais qui, dans l'esprit du législateur, n'en doit pas moins servir de guide au juge de paix. Cette règle, posée dans la loi 128, ff. *de reg. jur*, établit que la cause du *possesseur est toujours la meilleure : Possidentis melior est conditio, etiam in pari causâ.* (*V.* loi 10, *si debitor*, ff. *de Pignorib., etc.*)

Ainsi, lorsqu'il possède de bonne foi, il gagne les fruits (C. C., art., 549), tant qu'il n'est pas attaqué. Soit qu'il possède de bonne foi ou non, c'est à celui qui l'attaque de justifier son droit. S'il y a concours de titres, ce qu'ils offrent de douteux s'explique en faveur du possesseur, et celui-ci reste en possession, tant que le titre contraire n'est pas irrévocablement jugé préférable.

depuis une année au moins, étaient en possession paisible, par eux ou *les leurs*, à titre non précaire.

Ordonn. de 1667, tit. 18, art. Ier. — C. C., art. 2228, 2243. — Code de proc., art. 3, nº 2. — [Loi du 25 mai 1838, art. 6. — Notre Dict. gén. de proc., vis *Action possessoire*, nos 61, 62, 64, 66, 72 à 74, 85, 88, 89, 125, 166; *Juge de paix*, nos 18, 12º et 13º. — Devilleneuve, vis *Action possessoire*, nos 73 à 75; *Dénonciation de nouvel œuvre*, nos 1 à 5; *Réintégrande*, nos 1 à 14. — Armand Dalloz, vº *Action possessoire*, nos 27 à 108, 153 à 242. — Carré, *Comp.*, 2e part., liv. 3, tit. 2, chap. 2, art. 317, § II. 3e distinction, éd. in-8º, t. 6, p. 170 à 192. — Carré, *Justices de paix*, t. 2, p. 200 à 455, nº 1345 à 1637, et p. 467, nº 1647. — Lucré, t. 21, p. 378, nº 3; p. 520, nº 5; p. 558, nos 11 et 12. — QUESTIONS TRAITÉES : Comment faut-il entendre les dispositions de l'art. 23, qui exigent une possession *annale*, et qui n'admettent l'action qu'autant qu'elle est intentée dans l'année du trouble? *Q.* 100 *bis*. — Celui qui, après avoir été condamné au pétitoire par un jugement passé en force de chose jugée, a continué de posséder pendant an et jour, peut-il former l'action possessoire? *Q.* 101. — Le juge du possessoire peut-il consulter les titres pour éclairer sa décision? Dans quelles limites doit-il se renfermer à cet égard? *Q.* 101 *bis*. — Si une action possessoire était formée par un propriétaire contre un prétendu acquéreur qui se mettrait en possession en vertu d'un acte de vente infecté de nullité apparente et visible, le juge de paix devrait-il accueillir cette action? *Q.* 102. — Mais si le prétendu acquéreur était entré en possession, et eût continué de posséder pendant plus d'un an, pourrait-il être maintenu sur la demande en complainte qu'il intenterait contre le propriétaire qui l'aurait troublé? *Q.* 103. — Si, dans l'espèce de la question ci-dessus, le prétendu acquéreur ne représentait pas le titre, et fondait son action possessoire uniquement sur sa possession annale, le défendeur ne pourrait-il pas représenter le titre, afin de prouver le vice de la possession? *Q.* 104. — Les trois questions ci-dessus recevraient-elles la même solution, si le titre n'était pas nul de plein droit, mais seulement susceptible de rescision, ou si la nullité n'en était pas apparente? *Q.* 105. — Si, de deux acquéreurs, aucun n'avait la possession annale, y aurait-il lieu à examiner leurs titres pour déterminer auquel des deux appartiendrait l'action? *Q.* 106. — Pour former l'action possessoire, faut-il absolument avoir possédé pendant une année, ou bien la possession la plus courte avant le trouble peut-elle suffire? *Q.* 107. — La possession annale est-elle également nécessaire à celui qui veut intenter l'action en réintégrande? *Q.* 107 *bis*. — Lorsqu'un individu, poursuivi en dommages-intérêts pour avoir troublé la possession du demandeur par un acte quelconque, soit devant les tribunaux de répression, soit devant les tribunaux civils, élève l'exception *feci sed jure feci*, à qui incombe la preuve? *Q.* 107 *ter*. — La complainte serait-elle recevable, de la part d'un possesseur qui aurait été troublé dans l'année par un autre que celui contre lequel il formerait cette action? *Q.* 107 *quater*. — Est-il nécessaire pour que la complainte soit recevable que la possession ait été publique pendant toute l'année, en sorte qu'il faille toujours remonter à l'origine de cette possession pour juger s'il y a clandestinité? *Q.* 107 *quinquies*. — S'il est vrai que l'on peut former l'action possessoire pour trouble à la possession, sans considérer si elle est juste ou injuste, est-il permis d'en conclure que cette action procède de la part de celui qui posséderait clandestinement, par violence ou précairement? *Q.* 107 *sexies*. — L'action possessoire peut-elle être formée sinon devant le juge de paix, du moins devant le tribunal de première instance, si le trouble remonte au delà de l'année dans laquelle on se proposerait de l'intenter? *Q.* 108. — Le délai d'un an pour intenter l'action possessoire court-il du jour même du trouble, et non pas du jour où le trouble a été connu, encore bien qu'il s'agisse d'un trouble de droit, plutôt que d'un trouble de fait, et que le trouble ait eu lieu non contre le propriétaire, mais contre un fermier de qui le propriétaire n'en a pas reçu avis? *Q.* 109. — Ne peut-on former l'action possessoire pour cause de nouvel œuvre que pour des travaux commencés? *Q.* 109 *bis*.]

XVII. D'après cet article, la possession s'acquiert par un an, et il faut en conclure qu'elle se perd aussi par le même laps de temps, puisqu'il ne faut que ce délai pour qu'un second possesseur soit substitué au premier. Il faut donc de toute nécessité que ceux qui ont ou qui avaient la possession civile forment, s'ils sont troublés dans cette possession, ou s'ils en sont privés, leur action dans l'année du trouble ou du fait de la dépossession; et, ce délai passé, ils sont non recevables à se prévaloir de la possession qu'ils ont perdue, et il ne leur reste qu'à faire valoir, par action pétitoire, devant le tribunal civil d'arrondissement, leurs titres à la propriété de la chose (1).

---

(1) Les nombreuses et importantes questions, relatives aux cas dans lesquels l'action possessoire est admissible ou non, et aux personnes qui peuvent l'intenter ou auxquelles elle serait interdite, sont examinées dans notre *Traité d'organ. et de compét.*, liv. 3, tit. 2, chap. 2, art. 317, éd. in-8º, t. 6, p. 62 et suiv.

[On y trouve, traitées par M. Victor Foucher, toutes les questions neuves que cette matière a fait naître depuis la publication des *Lois de la compétence* par M. Carré lui-même. Il faut aussi consulter le *Traité des justices de paix*, de notre savant maître, t. 2, p. 252 à 506, et notre revue sur les *actions possessoires*, *J. Av.*, t. 13, p. 441.] V. *infrà*, Q. 109 *bis*.

Add. — Il convient de rapprocher de ce commentaire les notions générales que nous avons posées dans notre *Traité des Lois de la Compétence*, *Quest.* 415 et 416, éd. in-8°, t. 6, p. 170 et suiv. **Carr. Supp. alph.**, v° *Act. poss.*, n. 42.

[[**100** bis. *Comment faut-il entendre les dispositions de l'art.* 23 *qui exigent une possession* annale, *et qui n'admettent l'action qu'autant qu'elle est intentée dans l'*année *du trouble?*

Ces dispositions ont évidemment dérogé à celles de la coutume de Paris, qui exigeaient une possession *d'an et jour*, et qui accordaient, pour former l'action possessoire, un délai *d'an et jour* à partir du trouble.

Il suffit aujourd'hui d'avoir possédé pendant une année complète, et l'action n'est plus recevable après une année révolue. Il faut remarquer cependant que, d'après l'art. 2260, Cod. civ., la prescription se compte par jours, et non par heures ; d'où il suit que le premier jour du terme ne doit pas compter parce qu'il n'est pas complet, et que le dernier jour doit être accompli pour que la durée légale soit entière, ce qui peut prolonger de quelques heures le temps de la prescription.

Mais jamais les juges du possessoire ne pourraient exiger la preuve d'une possession d'an et jour, ce serait demander plus que la loi ; ni admettre l'action le lendemain du dernier jour du terme, ce serait relever arbitrairement d'une déchéance légalement encourue.

Nous n'hésitons pas à penser, dit M. Garnier, p. 88, que la Cour régulatrice casserait une décision semblable sur le recours de celui qui voudrait ne faire d'autre preuve que celle de la possession annale, ou se plaindrait de l'admission d'une demande formée le lendemain de l'expiration de l'année du trouble.

Cette décision, que nous partageons, résulte aussi de la doctrine de MM. TOULLIER, t. 11, n° 127, et AULANIER, n° 9.]] **Supp. alph.**, v° *cit.*, n. 1 et s.

101. *Celui qui, après avoir été condamné au pétitoire par jugement passé en force de chose jugée, a continué de posséder pendant an et jour, peut-il former l'action possessoire?*

Non, parce qu'il n'a qu'une possession précaire. Le jugement rendu au pétitoire imprime à la possession le caractère d'un acte de tolérance, auquel l'art. 2232 Cod. civ., refuse l'effet de produire la prescription, et, par suite, l'action possessoire (Cass., 12 juin 1809) *S.*, t. 14, 1re part., p. 89; *J. Av.*, t. 2, p. 383).

101 bis. *Le juge du possessoire peut-il consulter les titres pour éclairer sa décision? Dans quelles limites doit-il se renfermer à cet égard?*

La question de l'examen des titres a été l'objet de vives controverses et de longues hésitations de la part des auteurs et de la jurisprudence.

Le juge du possessoire peut-il s'éclairer par les titres? Dans quels cas doit-il y recourir? Le cumul du possessoire et du pétitoire n'est-il pas toujours à craindre? Quelles précautions faut-il prendre pour l'éviter?

Autant de questions embarrassantes auxquelles nous essaierons néanmoins de donner des solutions, en posant quelques principes qui nous paraissent avoir été la base de toutes les décisions intervenues, malgré les contradictions apparentes dont on est quelquefois tenté de les accuser.

Le juge saisi d'une action possessoire ne peut se dispenser de la juger; mais il doit se souvenir qu'il n'est point juge de la propriété.

Que doit-il adjuger ou dénier? La possession. A qui doit-il l'adjuger? A celui qui prouve l'avoir précédemment détenue avec toutes les conditions voulues par la loi, c'est-à-dire annale, non précaire, etc. A qui doit-il la dénier? A celui qui ne fait pas cette preuve.

Ainsi il ne doit pas se préoccuper du point de savoir qui est ou qui n'est pas propriétaire de l'objet litigieux, et les titres dont la représentation n'aurait pas d'autre but que d'établir ce point doivent lui demeurer étrangers.

Il ne doit s'arrêter qu'à ceux qui peuvent servir à établir soit le fait, soit le caractère de la possession, ou à le contester. Pour cela, trois choses principales doivent être l'objet de sa décision: 1° y a-t-il possession annale? 2° Appartient-elle à celui qui en réclame les effets? 3° Est-elle précaire ou non?

Ces trois choses, il faut nécessairement que le juge les décide; mais tout juge a le droit de s'éclairer par tous les moyens possibles; il peut prendre les éléments de sa décision partout où il les trouve. Si donc ce n'est que dans les titres que se rencontrent les éléments nécessaires pour juger les points que nous venons d'indiquer, où est la loi qui lui défend de les consulter, de les apprécier? Cette loi, si elle existait, ne serait-elle pas absurde? La doctrine qui, en l'absence d'une telle loi, s'efforcerait de la suppléer, serait-elle admissible? (*V.* M. Proudhon, t. 5, p. 44, n° 1490).

Or il est beaucoup de cas où les titres seuls peuvent faire connaître le caractère de la possession.

Essayons de les déterminer d'une manière précise.

Le demandeur en complainte prouve qu'il a possédé depuis un an. Le défendeur, auteur du trouble, prétend que cette possession est précaire, soit parce qu'elle est le résultat d'une tolérance (art. 2232 Cod. civ.), soit parce que, ayant commencé à être exercée au nom d'un tiers, elle est présumée s'être continuée au même titre (art. 2231). De cette exception il faut qu'il rapporte une preuve. Pour la faire, il représente un titre de bail consenti par lui à son adversaire.

Si cette discussion avait lieu devant le juge du pétitoire, sans doute il résulterait bien de ce titre que le demandeur au possessoire n'est pas propriétaire.

Mais ici ce n'est point cette conséquence que nous devons en tirer; il s'agit uniquement d'apprécier si la possession est précaire. On exhibe un titre qui prouve qu'elle est infectée de ce vice; appuyons-nous de ce titre et dénions la possession.

Que si, répondant à l'exception de son adversaire, le demandeur dit: oui, j'ai commencé à posséder à titre de fermier; mais depuis, j'ai acquis de vous l'objet litigieux, voilà l'acte de vente; incontestablement le juge du possessoire doit encore y avoir égard, non pas pour dire que le porteur de cet acte est propriétaire, ce qui lui importe peu, ce qui ne le regarde pas, mais pour en conclure que, la conséquence de l'acte de bail étant infirmée par la représentation d'un acte de vente postérieur, la possession prouvée en fait, et qu'on voulait faire regarder comme précaire, n'est pas précaire.

S'il lui était interdit d'examiner ces titres et de s'en servir, il ne pourrait pas juger les exceptions respectives des parties, ce qu'il doit faire cependant. (*V.* la *Quest.* 120.)

Voilà donc un premier cas où non-seulement il peut, mais il doit consulter les titres.

Voici un second cas qui rentre, jusqu'à un certain point, dans le premier.

L'objet dont la possession est contestée est un objet imprescriptible, par exemple un droit de servitude discontinue, un chemin public, etc. La plus longue possession ne suffisant pas pour en acquérir la propriété, celle qu'on

y exercerait sans titre est toujours regardée comme le résultat d'une simple tolérance, par conséquent, comme précaire.

Ce cas diffère du précédent en ce que, dans le premier, une fois la possession annale prouvée, c'est au défendeur qui la conteste à faire voir qu'elle n'est que précaire, et que, tant qu'il ne le démontre point, le demandeur n'a plus rien à faire pour obtenir gain de cause; au lieu que, dans le second, le vice qui la rend précaire n'a pas besoin d'être prouvé ni allégué par le défendeur, il résulte de la nature des choses, d'où il suit que c'est au demandeur à établir d'avance le caractère légal de la possession, à démontrer qu'elle n'est pas précaire. Comment peut-il le faire? Il n'a qu'un moyen, c'est de la fonder sur un titre. Donc il a le droit de le représenter, et le juge du possessoire doit y avoir égard.

Par une raison semblable, lorsqu'on réclame un droit de passage nécessaire pour cause d'enclave, le fait de l'enclave étant alors le titre légal qui justifie la possession et qui la caractérise, le juge peut examiner la réalité de ce fait.

Nous en convenons; s'il s'agissait de juger le pétitoire, c'est le même titre qu'il faudrait consulter. Mais de cela que ce titre fonde un droit, s'ensuit-il qu'il ne puisse en fonder un autre? parce que les juges du pétitoire y verraient une preuve de la propriété. ceux du possessoire ne peuvent-ils y voir une preuve de la possession? seront-ils accusés pour cela de s'immiscer dans le pétitoire? Non; car ce n'est pas là-dessus que roule la contestation qui pend à juger devant eux. On ne leur demande pas d'attribuer la propriété à l'une ou à l'autre des parties: un trouble a eu lieu, ou bien une dépossession; il s'agit de les réprimer. Le juge en accorde ou en refuse la répression, non point parce que le demandeur est ou n'est pas propriétaire, mais parce que la possession sur laquelle il se fonde est ou n'est pas précaire. En un mot, les titres de propriété sont en même temps titres de possession, et ce n'est que sous ce dernier caractère qu'il les envisage.

Troisième cas. Le demandeur n'a point, par lui-même, par ses actes personnels, la possession sur laquelle s'appuie son action, mais il prétend qu'il a succédé à celui qui avait d'abord exercé cette possession : il a sans difficulté le droit de joindre la possession de son auteur à la sienne propre pour compléter la durée qui lui manque (art.2235, Cod. civ.). Or, il faut bien pour cela qu'il établisse sa qualité de successeur; et peut-il le faire autrement qu'en représentant le titre qui lui a transmis la possession en même temps que la propriété? Au juge donc d'examiner, d'apprécier ce titre, pour savoir s'il y a lieu de joindre les possessions, pour décider si la possession annale appartient au demandeur. Autrement quel moyen aurait-il de prononcer sa sentence?

Mais, pour faire mieux sentir le véritable point où s'arrête, en cette matière, le pouvoir du magistrat compétent au possessoire, supposons maintenant une espèce où ne se présentent pas les difficultés que nous venons de passer en revue; supposons que la possession annale soit prouvée par le demandeur sans qu'il soit besoin d'invoquer, à titre de supplément, celle de son auteur; qu'elle ne soit point arguée de précarité, et que ce qui en est l'objet ne soit pas quelque chose d'imprescriptible. Supposons en un mot une possession qui réunisse tous les caractères exigés par la loi.

Le défendeur veut néanmoins soutenir qu'elle n'est pas légitime, et la preuve il l'a dans les mains. C'est un titre en vertu duquel la propriété de l'objet litigieux lui a été transmise, depuis plusieurs années, soit par un tiers légitime propriétaire, soit par le demandeur lui-même, qui avait alors cette qualité, mais qui ne s'est maintenu depuis dans la possession que d'une manière frauduleuse; ou bien il s'empare du titre en vertu duquel le demandeur s'est origi-

nairement mis en possession, et il fait voir que c'est un titre vicieux, entaché de dol, nul au fond ou dans la forme.

Le juge écoutera-t-il cette défense? Non, parce que, dans cette hypothèse, les titres n'ont aucune influence sur la possession, parce que son existence et ses loyaux caractères sont établis *à priori*, indépendamment de tous les titres; que ces titres peuvent bien démontrer que la propriété n'appartient pas au possesseur, mais qu'ils ne rendent pas douteuse sa possession. Bons, il ne la confirmeraient pas; mauvais, il ne peuvent l'infirmer.

S'il n'y avait aucun titre entre les mains d'aucune des parties, rien n'embarrasserait le juge : il prononcerait, car la possession est prouvée. Que peut-on changer à sa conviction en venant l'entretenir de circonstances qui ne sont nullement relatives à la possession, qui n'ont de rapport qu'avec la propriété, sur laquelle il n'a que faire de recueillir des documents puisqu'elle ne doit pas être l'objet de sa sentence?

Qu'on ne dise pas, pour nier la différence entre cette hypothèse et les précédentes, que la représentation du titre démontrera vicieuse la possession dont il s'agit. Non : car une possession n'est pas vicieuse, parce qu'elle est exercée par un autre que le propriétaire ou au mépris des droits de celui-ci, ou contrairement aux dispositions d'un titre valable. La possession vicieuse est uniquement celle qui n'est pas annale, ou qui n'est pas paisible, ou enfin qui est équivoque ou précaire. Mais par cela qu'elle sera en opposition avec la propriété, elle ne sera point précaire, si celui qui l'exerce le fait en son nom, et pas au nom d'autrui. Or, on ne peut dire que celui qui a commencé à posséder en vertu d'un titre nul, ou en violant les droits fondés sur un titre valable, n'ait pas entendu le faire pour lui-même.

En résumé, le juge du possessoire consultera les titres, lorsque, dans ces titres, se trouveront les éclaircissements propres à apprécier, soit l'existence, soit les caractères de la possession; il n'y aura point d'égard si, cette existence et ces caractères se trouvant établis d'ailleurs, les titres n'auraient de portée et de valeur que relativement à la question de propriété.

En un mot, nous en revenons, comme conclusion ,au point d'où nous étions partis, comme principe; le juge doit prononcer sur le possessoire, et s'abstenir du pétitoire; il est juge de la possession, il ne l'est pas de la propriété.

Il faut se demander maintenant de quelle manière devra avoir lieu l'appréciation des titres dans les cas où les juges du possessoire peuvent et doivent s'y livrer?

Devront-ils se borner à les recevoir comme un fait, sans avoir la faculté de discuter leur valeur intrinsèque, d'examiner s'ils sont réguliers ou nuls, soit dans la forme, soit au fond?

Borner là leur mission, ce serait faire des magistrats, qu'on nous passe le terme, de véritables machines ; ce serait leur enlever la qualité de juges, puisqu'ils n'auraient plus qu'à s'incliner devant le titre qui leur serait exhibé, et à en constater l'existence, puisqu'on les forcerait à baser leur décision sur des actes que souvent ils ne pourraient s'empêcher de regarder comme frauduleux ou sans valeur. Ce serait enfin rendre leur ministère impossible, car la partie à laquelle on opposerait un titre, sachant bien que son juge ne peut discuter le mérite de ceux qu'on lui représente, ne manquerait pas, soit de contester ce titre, soit d'en opposer un contraire, qui détruirait la force du premier, et, entre ces prétentions opposées, ou bien entre ces deux actes contradictoires, dont l'un au moins serait évidemment l'œuvre d'une machination coupable, le juge n'aurait cependant pas le pouvoir de prononcer une décision!

Il est vrai que, pour éviter les conséquences les plus graves du système opposé, on dit : sans doute, si la nullité du titre est apparente, le juge ne devra pas

s'arrêter à ce titre ; mais si la nullité n'est pas apparente, il sort des limites de sa compétence en rejetant le titre sur le fondement de cette nullité.

D'abord, qui déterminera le cas où la nullité est apparente de celui où elle ne l'est pas? Cette distinction ouvrirait la porte à un arbitraire effrayant. Et puis si, comme nous l'avons prouvé, le juge a le droit de consulter les titres pour éclairer son jugement, par-là même ne lui appartient-il pas d'apprécier la valeur de ces titres, de mesurer la confiance qu'ils méritent, de décider des contestations qu'ils font naître, d'examiner jusqu'à quel point ils sont de nature à lui fournir de justes et solides éléments de décision? Absolument de la même manière qu'il apprécierait la moralité d'un témoin avant d'asseoir aucun jugement sur son témoignage.

Nous ne voulons pas dire qu'il prononcera la nullité du titre qui lui paraîtra irrégulier dans la forme ou au fond ; car la nullité ou la validité sont des circonstances qui tiennent au pétitoire, mais il déclarera que, tel titre lui paraissant suffisant, tel autre insuffisant, soit pour établir, soit pour infirmer la possession que réclame le demandeur, il la concède ou la dénie : il jugera de la valeur des titres en tant qu'ils sont titres de possession et ne s'en occupera pas en tant qu'ils sont titres de propriété. Ainsi la question de propriété demeurera toujours entière.

Le juge sera donc toujours à l'abri du reproche d'avoir cumulé, s'il s'est contenté d'adjuger ou de refuser la possession; et pourvu qu'il l'ait fait par des motifs qui se réfèrent soit à l'existence, soit à la nature de cette même possession, et non pas en disant : j'adjuge ou je dénie la possession, parce que le demandeur est ou n'est pas propriétaire. Peu importe qu'il ait pris les raisons de décider aux mêmes sources où l'on trouve aussi de quoi juger la propriété. Chacun y puise pour ses besoins, et tout le monde est dans son droit.

En un mot, dans les cas où le juge du possessoire doit fonder son jugement sur les titres, et nous croyons les avoir clairement déterminés, il est, selon nous, souverain appréciateur de ces mêmes titres, considérés comme titres de possession.

Il nous semble qu'au moyen de ces principes et de ces développements, toutes les difficultés de la matière s'évanouissent.

Nous y trouverons notamment des règles pour résoudre les questions posées par M. Carré, sous les nos 102, 103, 104, 105 et 106, et l'on verra d'ailleurs que les solutions données par lui aux questions 112, 113, 118, 120, 123, 123 *bis*, 123 *ter*, 123 *quater* et 125, ainsi que les décisions judiciaires dont nous les avons appuyées, sont de véritables et formelles applications des doctrines que nous venons de préciser.

Voici maintenant l'indication et le classement des nombreux arrêts qui ont consacré ces doctrines.

1° Le juge du possessoire peut consulter les titres pour apprécier si la possession est ou non précaire.

Cour de cass., 15 déc. 1812 (*J. Av.*, t. 2, p. 430); 30 nov. 1818 (*Ibid.*, p. 479); 21 déc. 1820 (*J. Av.*, t. 23, p. 10); 7 janv. 1829 (*J. Av.*, t. 36, p. 160); 4 fév. 1829 (*Ibid.*, p. 198); 26 janv. 1825 (*J. Av.*, t. 29, p. 117); 3 déc. 1827 (*J. Av.*, t. 34, p. 208); 31 juill. 1828 (*S.*, t. 29, 1re part., p. 61); 28 juin 1830 (DALLOZ, 1830, 1re part., p. 369); 19 juill. 1830 (*S.*, 30, 1re part., p. 246); 31 août 1831 (DALLOZ, 1831, 1re part., p. 322).

2° Pour savoir si la possession est fondée, lorsqu'il s'agit d'une servitude discontinue, ou de tout autre objet imprescriptible.

Cass. 24 juill. 1810, 6 juill. 1812, 17 mai 1820 (*J. Av.*, t. 2, p. 395); 2 mars 1820 (*Ibid.*, p. 512); 9 nov. 1825 (*J. Av.*, t. 30, p. 384); 19 avril 1825 (*J. Av.*, t. 32, p. 134); 26 juill. 1836 (*J. P.*, t. 3 de 1836, p. 88); 16 fév. 1837 (*J. Av.*, t. 53 p. 414, et *J. P.*,

t. 1 de 1837, p. 110); 25 juill. 1837 (*J. P.*, t. 2 de 1837, p. 96); 8 mai 1838 (*Journ. le Droit* du 13 juin 1838); et 4 juill. 1838 (*J. P.*, t. 2 de 1838, p. 340).

En cas d'une action possessoire pour servitude de passage nécessaire, il peut vérifier le fait de l'enclave, Cass., 7 mai 1829 (*J. Av.*, t. 41, p. 602); 16 mars 1830 (*J. Av.*, t. 41, p. 604); 9 mai 1831 (*J. Av.*, t. 44, p. 277); 19 nov. 1832 (*J. Av.*, t. 44, p. 245); il avait bien été jugé le 8 juillet 1812 (*J. Av.*, t. 2, p. 426), qu'une telle servitude ne pouvait donner lieu à l'action possessoire, mais cet arrêt isolé, combattu par tous ceux que nous venons de citer, ne peut faire jurisprudence.

3° Les décisions relatives au troisième cas sont rapportées sous la *Quest.* 102.

4° Le juge ne peut recevoir comme preuve de la possession un titre qui fonderait uniquement la propriété.

Bruxelles, 30 janv. 1824 (Journ. de cette Cour, t. 1 de 1824, p. 29); Cour cass. de France, 12 nov. 1828 (*S.*, t. 28, 1re part., p. 401); et l'arrêt cité sous la *Quest.* 123 *bis*.

Et réciproquement il y a excès de pouvoir lorsque, la possession étant constante, le juge du possessoire déclare vicieux le titre sur lequel repose la propriété, et par suite l'action mal fondée. Cass., 14 août 1832 (*J. Av.*, t. 43, p. 661); 12 déc. 1836 (*J. P.*, t. 2 de 1837, p. 328), et 23 mai 1838 (*J. Av.*, t. 55, p. 423 et *J. P.*, t. 2 de 1838, p. 349).

5° Dans le cas où le juge du possessoire doit examiner les titres, il a le droit de rechercher leur validité au fond et dans la forme, pour conclure s'il peut les prendre en considération ou s'il y a lieu de les rejeter, pour juger de l'existence ou des caractères de la possession.

Ce dernier principe n'a pas été clairement et formellement posé dans la plupart des arrêts qu'on vient de citer, parce qu'ils n'ont pas eu occasion de se prononcer sur cette difficulté spéciale. Mais il résulte implicitement de presque tous.

Quelques expressions de celui du 23 mai 1838, que nous avons cité en dernier lieu, pourraient, à la première lecture, faire croire à une décision opposée : « Attendu, y est-il dit, qu'en matière possessoire, la question de validité ou de non validité des titres ne peut autoriser à déclarer la possession vicieuse et sans effet; qu'ainsi, le jugement attaqué, a violé la loi en écartant la possession par le motif qu'elle reposait sur des actes de partage dont il ne reconnaissait pas la validité. »

Mais il s'agissait d'une possession prouvée indépendamment des titres : ceux-ci, par conséquent, ne pouvaient être regardés que comme des titres de propriété; c'était sur la propriété que le jugement avait statué en appréciant leur valeur, et, en déniant une possession établie par des faits, et dont les caractères n'étaient pas contestés, il avait fait dépendre la possession du droit de propriété. C'est ce que la Cour de cassation a jugé, voilà pourquoi nous avons placé son arrêt sous le n° 4. Il s'agissait d'un cas où les titres ne pouvaient pas être admis. Ceci n'a donc pas trait à la question de savoir comment on doit les examiner, lorsque leur examen est permis ou obligé.

L'arrêt du 8 mai 1838 (journ. *le Droit*, du 13 juin même année), déjà cité *suprà*, nous paraît décider cette question *in terminis*, et dans le sens où nous la résolvons nous-même :

« Attendu que, lorsque la possession ne suffirait pas pour donner la propriété malgré l'accomplissement de la prescription, il ne peut être permis d'admettre l'action qu'autant que la possession a eu lieu en vertu d'un titre, ce qui lui donne le caractère de possession légitime et exclusive de toute supposition de simple tolérance, et que de là résulte, pour le juge du possessoire, la nécessité d'apprécier le titre invoqué comme base légale de la possession.

« Attendu que de cette nécessité ne résultent pas, pour le juge du possessoire, le droit et l'obligation de prononcer sur la validité du titre relativement au fond du droit, de se livrer à des instructions longues et dispendieuses pour écarter ou admettre les objections proposées contre le titre; il suffit de *reconnaître la régularité du titre*, d'en apprecier la portée, de le prendre, s'il y a lieu, pour point de départ, afin de déterminer le véritable caractère de la possession, tous les droits des parties demeurant réservés au pétitoire. »

Il suit, comme on le voit, des mots que nous avons soulignés, que le juge du possessoire ne doit avoir égard au titre que lorsqu'il en reconnait la régularite; il a donc le droit d'examiner et de juger cette regularité, pour savoir si ou non le titre est digne de sa confiance. Mais, au reste, cette vérite est tellement évidente, qu'il était peut-être inutile de l'appuyer d'aucune autorité.

Tous les principes dont nous venons d'exposer l'enchaînement se retrouvent en germe dans la plupart des auteurs qui ont écrit sur la matière. On peut voir notamment MM. HENRION DE PANSEY, p. 474; FAVARD DE LANGLADE, t. 1, p 598, n° 2; GARNIER, p. 121, 130, 370; GUICHARD, n° 303; BERRIAT SAINT-PRIX, p. 109, n° 16; PIGEAU, *Comment.*, t. 1, p. 75, et CAROU, p 760 à 765.

Mais, faute de les avoir assez clairement posées, la plupart de ces jurisconsultes ont laissé indécises ou résolu d'une manière peu satisfaisante plusieurs des questions qui s'y rattachent.

Ainsi M. Garnier est le seul qui, après avoir décidé que le juge du possessoire peut examiner les titres, se soit demandé quelle sorte d'examen lui était permis, et il est tombé dans la même erreur que MM. Carré et Toullier, en décidant qu'il ne peut en rejeter l'autorité que lorsque l'irrégularité est évidente et palpable; craignant de lui accorder un droit plus étendu, à cause du danger qu'il y aurait d'attribuer à un juge inférieur la connaissance de nullités souvent difficiles à apprécier; sans prendre garde qu'il ne s'agit pas pour le juge de prononcer une nullité, ce qui préjugerait le pétitoire, mais seulement de voir si le titre réunit les qualités nécessaires pour fonder la possession.

M PIGEAU, de son côté, après avoir admis le même principe, l'applique au cas où les preuves de possession sont suffisantes ou également claires de part et d'autre. Il dit qu'en ce cas, le jugement du possessoire doit dépendre du point de savoir qui est propriétaire, et qu'à cet effet, il faut examiner les titres. Cette doctrine est en opposition directe avec l'art. 25 Cod. proc. civ. (*Voir* d'ailleurs notre *Quest.* 111).

Enfin aucun des auteurs que nous venons de citer ne nous semble avoir énoncé une doctrine sûre, à l'aide de laquelle on puisse déterminer les cas où l'examen des titres doit avoir lieu.

Nous serions heureux que le résultat de nos efforts pût suppléer à cette lacune.]] **Supp. alph.**, v° *Act. possess.*, n. 16 et suiv.

102. *Si une action possessoire était formée par un propriétaire contre un prétendu acquéreur, qui se mettrait en possession en vertu d'un acte de vente infecté de nullité apparente et visible, le juge de paix devrait-il accueillir cette action?*

Oui, parce que le juge de paix ne peut ni avoir égard à un pareil acte, ni en prononcer la nullité; il doit l'écarter et prononcer sans y avoir égard, comme aussi sans préjudicier aux droits du soi-disant acquéreur. Ainsi, le propriétaire, demandeur au possessoire, serait maintenu dans sa possession, avec défense à la partie adverse de l'y troubler, sauf à elle à se pourvoir comme elle l'entendrait pour faire valoir son titre. (*Toullier, Traité du Droit civ franç.*, t. 7, p. 621 et suiv.)

[[Cette question et les quatre suivantes rentrent dans le troisième des cas où, suivant les principes posés au numéro précédent, l'examen des titres appartient au juge du possessoire.

Il s'agit, en effet, soit d'un propriétaire et d'un acquéreur, soit de deux acquéreurs qui se disputent la possession d'un héritage, et le titre d'acquisition que chacun représente doit servir à déterminer, s'il y a lieu ou non à la jonction des possessions; c'est le seul point que le juge doit y rechercher, puisqu'on ne suppose pas que le vice de précarité soit allégué.

Fixons d'abord le litige entre le propriétaire et l'acquéreur. Le premier est en possession annale, le second le trouble, et, pour justifier son trouble, il représente un acte d'acquisition.

Pour savoir si ce titre doit influer sur le possessoire, il suffit de faire une distinction bien simple, qui cependant a échappé à MM. Toullier et Carré; ou ce titre est antérieur de plus d'un an à l'époque du trouble, ou il est plus récent; en d'autres termes, ou la possession annale dont argue le propriétaire a été acquise par lui depuis le titre consenti, ou bien une partie de cette possession remonte plus haut que le titre.

Dans le premier cas, le titre est inutile; il ne change rien à la position des parties. La possession annale en est indépendante, elle existe par elle-même sans avoir besoin d'aucun appui. C'est un titre de propriété sans doute, mais pas un titre de possession; bon ou mauvais, il ne peut rien faire dans le procès. On l'écartera donc, et le possesseur sera maintenu, et le trouble réprimé. Mais si, pour compléter la durée de la possession annale, le demandeur est obligé de remonter à une époque antérieure à la date du titre, la position change. Au moyen de ce titre, en effet, tous les droits qui existaient sur la tête du propriétaire, au moment où il l'a consenti, ont été transmis sur celle de l'acquéreur, en sorte que cette portion de possession qui remonte au-delà du titre n'appartient plus à celui qui l'a personnellement exercée, mais à son acquéreur, auquel il l'a vendue conjointement avec la propriété. Le titre ici est en même temps et titre de propriété, et titre de possession, puisqu'il sert à déterminer de quel côté se trouve l'annalité. Le juge du possessoire ne peut donc se dispenser d'y recourir et d'examiner si ce titre est valable ou non, puisque de ce point doit dépendre sa décision.

De même si l'acquéreur s'était mis en possession et qu'il fût troublé par l'ancien propriétaire, distinguons si sa possession personnelle est annale ou si elle est d'une moindre durée. Dans le premier cas, il doit y être maintenu sans égard au titre; le défendeur ne peut donc être admis à parler de ce titre pour en faire voir la nullité. Dans le second, l'acquéreur ne peut obtenir gain de cause qu'en joignant sa possession à celle de son auteur, par conséquent qu'en représentant le titre qui la lui a transmise. Le juge appréciera donc la valeur de ce titre avant d'en tirer les conséquences.

Et vainement, lorsque sa possession est annale, dirait-on que son titre d'acquisition est nul, et le poursuivrait-on avec cette maxime : *melius est non habere titulum quàm habere vitiosum.* En faisant ce raisonnement, M. Toullier tombe dans une confusion véritable.

Qu'est-ce, en effet, que ce titre qu'on prétend vicieux? c'est un titre de propriété : s'il s'agissait de la propriété, on pourrait dire : *melius est non habere quàm habere vitiosum.* Mais ce n'est pas un titre de possession, puisque celle-ci se meut dans une sphère tout-à-fait étrangère à l'influence du titre. On ne peut donc dire au possesseur : *vous avez un titre vicieux;* car, en cette qualité, il n'a point de titre.

Supposons maintenant deux acquéreurs du même objet, dont l'un a la possession annale personnelle et l'autre ne l'a point. Les titres devront être

écartés; ce ne sont que des titres de propriété, puisque la possession existe indépendamment de leur influence. Le possesseur devra être maintenu.

Au contraire, ni l'un ni l'autre de ces deux acquéreurs n'a la possession annale personnelle; leurs titres ne remontent pas au-delà d'un an. Alors ce sont des titres de possession, puisqu'ils servent à transmettre une partie de la possession de l'auteur; il faudra donc y avoir égard et adjuger la possession à celui qui rapporte un acte de transmission valable, la dénier à celui dont l'acte est vicieux.

Cette dernière solution a été consacrée par un arrêt de la Cour de cassation du 12 fruct. an X (*J. Av.*, t. 2, p. 322), qui décide que le juge doit attribuer la possession à celui dont le titre a le premier acquis une date certaine, et par un autre arrêt du 16 janvier 1821 (*J. Av.*, t. 23, p. 9), par lequel cette Cour a cassé un jugement qui avait refusé de consulter, en pareil cas, les titres, pour éclairer la possession, et qui avait renvoyé les parties au pétitoire. Mais, le 11 août 1819 (*J. Av.*, t. 2, p. 494), elle avait frappé de réprobation, comme cumulant le pétitoire avec le possessoire, une décision qui avait cru devoir attribuer la possession à un adjudicataire public préférablement à celui qui avait acquis du saisi, après la dénonciation.

En présence des développements que nous venons de donner aux principes de la matière, nous ne croyons pas que la jurisprudence de ce dernier arrêt puisse se soutenir.]] V. *infrà*, Q. 2408.

103. *Mais si le prétendu acquéreur était entré en possession, et avait continué de posséder pendant plus d'un an, pourrait-il être maintenu, sur la demande en complainte qu'il intenterait contre le propriétaire qui l'aurait troublée?*

Oui, s'il ne fonde son action que sur sa possession, sans représenter son titre; mais s'il en argumente pour fonder sa possession, sa demande serait rejetée, parce que, le titre n'ayant pu lui transférer la propriété, sa possession ne peut le faire réputer propriétaire; elle est vicieuse. Ici, le juge ne prononce point encore sur la validité ou l'invalidité du titre; il s'en sert uniquement pour caractériser la possession à laquelle les parties conviennent qu'il sert de fondement. (*Ibid.*)

[[Voir, *suprà*, nos observations sur la *Quest.* 102, et notre *Quest.* 101 *bis.*]]

104. *Si, dans l'espèce de la question ci-dessus, le prétendu acquéreur ne représentait pas le titre, et fondait son action possessoire uniquement sur la possession annale, le défendeur ne pourrait-il pas représenter le titre, afin de prouver le vice de la possession.*

Oui, car il est permis de prouver, par tous les genres de preuves, le vice d'une possession. C'est ainsi que dans le cas où un ancien fermier se serait indûment perpétué sur la détention de l'héritage, et prétendrait exercer une action possessoire, le propriétaire le repousserait en présentant le bail qui prouve que sa possession n'était qu'à titre précaire. (*Ibid.*)

[[Voir, *suprà*, notre *Quest.* 101 *bis*, et nos observations sur la *Quest.* 102.]]

105. *Les trois questions ci-dessus recevraient-elles la même solution, si le titre n'était pas nul de plein droit, mais seulement susceptible de rescision, ou si la nullité n'en était pas apparente?*

Non, parce qu'en ce cas, l'acquéreur présente l'apparence d'un titre légal qui doit être exécuté provisoirement jusqu'au moment où la justice en aura prononcé la nullité : donc la provision lui est due. (*Ibid.*)

[[Voir, *suprà*, notre *Quest.* 101 *bis*, et nos observations sur la *Quest.* 102.]]

106. *Si de deux acquéreurs aucun n'avait la possession annale, y a-t-il lieu à examiner leurs titres pour déterminer auquel des deux appartiendra l'action?*

L'art. 23 accorde l'action possessoire à ceux qui, depuis une année, étaient en possession par eux ou *les leurs*, c'est-à-dire par *ceux qu'on représente*, ou qui sont en possession pour nous: un acquéreur peut donc joindre à sa possession celle de son vendeur, afin de donner à cette possession le temps nécessaire pour l'exercice de la complainte (Cod. civ., art. 2235). Il suit de là que si de deux acquéreurs aucun n'a la possession d'un an, il devient nécessaire que le juge examine les titres, pour savoir lequel des deux a le droit de joindre la possession du vendeur à la sienne, et, par là, compléter l'année nécessaire pour que l'action soit recevable. (Cass., 16 janv. 1821, *J. Av.*, t. 23, p. 9.)

[[Voir, *suprà*, notre *Quest.* 101 *bis*, et nos observations sur la *Quest.* 102.]]

107. *Pour former l'action possessoire, faut-il absolument avoir possédé pendant une année, ou bien la possession la plus courte avant le trouble peut-elle suffire?*

« Il faut distinguer, dit DUPARC-POULLAIN, t. 10, p. 705: si le trouble a été fait « par un tiers qui n'avait dans la chose ni droit ni possession, le possesseur « qui a été troublé n'est point obligé de prouver sa possession annale avant « le trouble; il lui suffit de justifier qu'il possédait et qu'il a été troublé.

« Mais si c'est le propriétaire ou le précédent possesseur qui est rentré dans « la possession, le demandeur est obligé de prouver la possession annale « avant le trouble, sans quoi son action ne peut pas être reçue, puisque, « jusqu'au moment du trouble dont il se plaint, l'action de réintégrande « compétait au précédent possesseur. »

Cette distinction est admise au *Nouveau Répertoire* (v° *Voie de fait*, t. 13, § 10, art. 2). Mais Duparc-Poullain et M. Lanjuinais, auteur de cet article du *Répertoire*, écrivaient, sous l'empire de l'ordonnance de 1667, qui ne portait point, comme l'art. 23 du Code, que l'action possessoire ne serait recevable que de la part de ceux qui, *depuis une année au moins*, auraient été en possession paisible, etc.

L'art. 1er du tit. 18 de l'ordonnance se bornait à indiquer le délai dans lequel il fallait intenter cette action.

Du texte de l'art. 23 on pourrait donc conclure que le législateur n'a pas entendu conserver la distinction dont il s'agit, et qu'il faut admettre que l'on n'a l'action possessoire contre un tiers, de même que contre le propriétaire ou le précédent possesseur, qu'autant que l'on prouve la possession annale.

Voici cependant une considération qui nous semble devoir faire rejeter cette conséquence; c'est que la possession annale vaut titre, comme le dit RODIER, sur l'art. 1er du titre 18 de l'ordonnance, jusqu'à ce que le droit du propriétaire soit prouvé. Or, si l'on admettait que le possesseur troublé par un tiers ne peut exercer l'action possessoire qu'en prouvant qu'il a possédé pendant un an, il en résulterait qu'on laisserait dans la possession une personne qui ne l'aurait que depuis quelques jours ou quelques mois, et qu'on lui donnerait ainsi un titre qui ne peut résulter que de la possession annale. Mais, entre deux possesseurs, dont aucun n'a acquis la possession annale, n'est-il pas naturel de prononcer en faveur de celui qui a possédé le premier, et par conséquent depuis un plus long espace de temps?

Add.—Cependant cette question est encore l'objet d'une forte controverse. Telles ont été les difficultés qu'elle nous a présentées que, dans notre *Traité*

les Lois de la Compétence, 2e part., liv. 3, tit. 2, chap. 2, *Quest.* 416, édit. in-8°, . 6, p. 179, nous avons exposé les raisons, fondées sur la rigueur du droit, qui pourraient l'emporter sur celles que nous venons de rappeler.

Examinant de nouveau cette même question dans notre *Traité des Justices de paix*, t. 2, p. 383, n°s 1576 et suiv., nous sommes revenu à notre première opinion, en adoptant les considérations développées au *Commentaire* posthume de M. Pigeau, t. 1, p. 61 et 62.

Depuis la publication de ce dernier ouvrage, M. Aulanier, adoptant les motifs exposés dans notre *Traité des Lois de la Compétence*, et les fortifiant de ses propres raisonnements, émet une opinion diamétralement opposée à la solution de notre *Quest.* 107 des *Lois de la Procédure.*

Un acte quelconque, qui ne remonterait pas à un an, ne saurait être, dit-il, le principe d'une possession susceptible d'autoriser la complainte; ainsi, dire (comme nous l'avons fait, d'après Duparc-Poullain et Pigeau), que celui qui possède depuis moins d'un an a la faculté d'exercer la complainte, quand le trouble est causé par un tiers n'ayant dans la chose ni droit, ni possession, c'est décider contre le texte formel de l'art. 23 du Code, lequel n'admet la complainte que de la part du possesseur annal; ce serait de plus accorder au juge de paix la faculté d'examiner et de juger si l'auteur du trouble avait dans la chose un droit autre que celui qui a son principe dans la possession annale, et c'est ce qui ne pourrait se faire sans cumuler le pétitoire et le possessoire.

Sur quoi, d'ailleurs, poursuit M. Aulanier, reposerait la demande de la personne qui, possédant depuis moins d'un an, exercerait la complainte? Ce ne serait pas sur le droit de propriété, dont le juge de paix ne doit pas s'occuper; ce ne serait pas aussi sur la possession, puisque la possession ne donne de droit qu'autant qu'elle est annale. Quel serait donc le fondement de l'action?

Ce fondement, nous avions cru l'avoir établi sur le raisonnement que nous a fourni l'observation de Rodier.

M. Aulanier répond : la possession annale vaut titre jusqu'au jugement sur le fond du droit; mais celui qui possède depuis moins d'un an n'a pas la possession annale : il ne peut donc en invoquer les priviléges

Ces arguments de M. Aulanier ne semblent pas plus tranchants que ceux que nous avons prévus nous-mêmes, au n° 416 de notre *Traité des Lois de la Compétence.* Nous persisterons donc dans les motifs pour lesquels nous sommes revenus, dans celui des *Justice de paix*, à l'opinion que nous avions émise sur la *Quest.* 107 de nos *Lois de la Procédure.*

Nous convenons que l'on peut avec avantage invoquer contre nous l'article 23, en ce qu'il semble n'accorder l'action possessoire que sous la condition d'une possession annale, sans distinguer le cas où elle serait formée, ou contre un tiers, ou contre le propriétaire ou le précédent possesseur.

Mais lorsqu'un texte de loi, pris dans toute la rigueur de ses termes, conduit à des conséquences qui blesseraient la justice, on doit présumer que telle n'a pas été l'intention du législateur, et, suivant la maxime : *etsi tamen verba legis hunc habeant intellectum, tamen mens legislatoris aliud vult,* on doit l'interpréter dans le sens le plus conforme à la raison et à l'équité.

C'est pourquoi, adoptant sans réserve la distinction de Duparc-Poullain, reproduite par M. Pigeau, nous répétons qu'il faut distinguer deux sortes de troubles apportés à la jouissance d'un possesseur de moins d'un an : celui apporté par le précédent possesseur, qui avait déjà possédé un an, et celui apporté par une personne qui n'a point encore possédé.

Lorsque M. Aulanier s'est cru fondé a avancer, pour rejeter cette distinction, que, si le sytème contraire peut présenter quelques inconvénients, ce

n'est que *dans des cas très rares ;* il n'a pas fait assez d'attention à ceux que signale M. Pigeau, et que nous avons rappelés dans notre *Traité des justices de paix.*

Supposons, en effet, avons-nous dit, que *Titius* possède un héritage depuis un an ; *Mævius* s'en empare. Durant la première année de cette usurpation, *Titius* fait un acte quelconque de possession, *Mævius* ne pourra former contre lui l'action possessoire; car, pendant cette année d'usurpation, *Titius* a encore la possession au moins civile de la chose, et, par conséquent, le droit de former l'action possessoire, puisque *Mævius* n'a pas possédé pendant un an et jour depuis son usurpation. Ce dernier, de son côté, ne peut former la même action sur le fait de possession de *Titius ;* car il serait absurde, comme le dit fort bien M. Pigeau, que l'on vînt se plaindre d'actes possessoires que ferait un homme sur la chose qu'il possède.

Mais que *Mævius* soit troublé par tout autre que *Titius,* il ne serait pas juste de lui refuser la complainte contre ce tiers, encore bien que lui, *Mævius,* n'eût pas acquis la possession annale; car, s'il en était autrement, il s'éleverait un désordre affreux, et l'on pourrait se livrer à l'usurpation et aux voies de fait, sans qu'il y eût aucun moyen légal pour les réprimer. Ce que ce tiers aurait fait au second possesseur, un quatrième pourrait le faire à son tour, un cinquième pourrait troubler ce dernier, et ainsi à l'infini, puisque le troublé, n'ayant aucune action, serait obligé ou de souffrir le trouble, ou de le repousser par la force, ou par un autre trouble, auquel cas on n'aurait non plus aucune action contre lui.

Voilà des inconvénients inséparables de ce que l'action possessoire ne fût pas accordée, dans cette dernière hypothèse, au possesseur qui n'aurait pas acquis la possession annale; ils nous semblent assez graves pour écarter les conséquences rigoureuses que l'on veut tirer des termes de l'art. 23, et justifier pleinement la distinction d'après laquelle nous avons résolu notre *Quest.* 107. **Carr.**

[[Les inconvénients qui peuvent résulter, dans un cas donné, de l'application de la loi, ne sont pas un motif pour méconnaître ses dispositions formelles. C'en serait un tout au plus, dit M. VICTOR FOUCHER, *Lois de la Compétence, loco citato,* à la note, pour rechercher si, par une autre action, on ne peut pas réparer la lacune qui paraît se rencontrer dans la loi.

Or, l'action pour dommages, l'action pétitoire, sont également ouvertes à celui qui ne peut exercer l'action possessoire. Quant à celle-ci, il faudrait effacer du texte de notre Code l'art. 23 pour l'accorder au possesseur qui n'a pas la possession annale, car cette condition est la principale pour constituer son droit; il est naturel que, lorsque la loi attache une présomption de légitimité à un simple fait qui, par lui-même, n'en porte pas la preuve, elle veuille que ce fait ait acquis, par une certaine durée, un caractère au moins respectable.

Nous ne saurions donc admettre la distinction de MM. Pigeau et Carré, qu'un arrêt de la Cour de cassation, du 9 févr. 1837 (*J. P.*, t. 2 de 1837, p. 257), a formellement proscrite, et que repoussent encore MM. GARNIER, p. 81; PONCET, *Traité des Actions*, BROSSARD, *Jurid. des Juges de paix*, et CAROU, p. 769, n° 587.

Mais, de ce que la possession doit toujours être annale, il ne s'ensuit pas que les faits qui la constituent doivent nécessairement avoir eu lieu dans la dernière année avant le trouble. Quoiqu'ils soient antérieurs, leur effet se continue d'une manière virtuelle jusqu'au moment où la possession est contestée, surtout si le droit qui fait l'objet de cette possession est de nature à ne pouvoir être exercé que périodiquement. Cette vérité résulte d'un arrêt de la

Cour de cassation du 4 juillet 1838 (*J. P.*, t. 2 de 1838, p. 340), et est enseignée par M. THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 90. M. Carré l'a aussi développée dans la consultation inédite qu'on va lire :

« Le conseil soussigné, etc... est d'avis que le sieur Dubourg est en droit d'intenter une action possessoire contre le fermier du sieur Flagel.

« En effet, le terrain dont il s'agit a été possédé par le sieur Dubourg, puisque c'est lui, ou, avant lui, son auteur qui a constamment et sans trouble recueilli l'herbe qui y croissait et fait émonder le petit nombre d'arbres qui s'y trouvent.

« Cette possession une fois bien établie, on ne saurait opposer au sieur Dubourg l'inaction dans laquelle il serait resté pendant quatre années, pour en tirer la conséquence qu'il n'a plus la possession.

« La possession, en effet, exige bien, pour qu'elle soit acquise, le concours de deux circonstances, savoir la volonté de posséder, et la manifestation de cette volonté par un acte corporel et patent; mais, une fois acquise de cette manière, la seule volonté, indépendamment de tout fait, suffit pour la conserver : *licet possessio nudo animo acquiri non possit, tamen solo animo retineri potest.* L. 4, C. *de Acq. poss.*

« Bien plus, cette volonté de retenir la possession se suppose toujours tant qu'une volonté bien marquée et tout-à-fait contraire n'a pas été manifestée, ou ne résulte pas de circonstances qui la font présumer clairement.

« Ainsi, dit POTHIER, *Traité de la Possession*, n° 76, nous perdons la possession d'un héritage lorsque nous la laissons usurper par quelqu'un qui s'en est mis en possession et en a joui pendant un an et jour, sans que nous ayons, de notre part, fait pendant ce temps aucun acte de possession, ou sans que nous ayons apporté aucun trouble à sa jouissance; car, par cette jouissance d'an et jour, il a acquis la possession, et nous a, par conséquent, fait perdre la nôtre.

« Mais le fermier du sieur Flagel n'a pas encore acquis cette possession de l'an et jour; il est donc évident que l'action en complainte appartient contre lui au sieur Dubourg. »

[[107 bis. *La possession annale est-elle également nécessaire à celui qui veut intenter l'action en réintégrande* (1) ?

La négative de cette question, basée sur la maxime : *spoliatus antè omnia restituendus*, résulte, nous devons le reconnaître, d'une jurisprudence imposante et nombreuse.

La chambre des requêtes de la Cour de cassation l'avait déjà adoptée, par arrêt du 28 décembre 1826 (*J. Av.*, t. 32, p. 138); la chambre civile s'en était écartée, le 11 juin 1828 (*J. Av.*, t. 35, p. 261); mais, depuis, l'une et l'autre chambre ont été unanimes pour consacrer cette doctrine. (*V.* l'arrêt du 16 mai 1827, *J. Av.*, t. 33, p. 295, qui ne se prononce qu'implicitement; et ceux des 4 juin 1834, *J. Av.*, t. 49, p. 702; 18 février 1835, *J. Av.*, t. 50, p. 232; 17 novembre 1835, *J, Av.*, t. 50, p. 230, et 31 août 1836, *J. Av.*, t. 52, p. 27, et *J. P.*, t. 1 de 1837, p. 59, dont les décisions sont formelles.)

Ce système, que nous croyons pouvoir qualifier d'erreur grave, a pour origine l'opinion de M. HENRION DE PANSEY, p. 464 et 465; il est encore adopté par

(1) [C'est déjà une difficulté que de savoir quand il y a *dépossession violente*, pouvant donner lieu à l'action en réintégrande. Les auteurs consacrent de longues pages à tracer ces distinctions difficiles à saisir. Dans notre opinion, qu'on va lire, toutes ces distinctions deviennent à peu près inutiles.]

MM. GARNIER, p. 48 et suiv.; PICEAU, *Comm.*, t. 1, p. 49; FAVARD DE LANGLADE, p. 607, n° 4. M. DEVILLENEUVE, continuateur de M. Sirey, l'a soutenu avec beaucoup de talent, dans ses tomes 35, p. 886, et 36, part. 1re, p. 15. Mais il est combattu par MM. TOULLIER, t. 11, nos 127 et suiv.; PONCET, *Traité des Actions*, p. 98, n° 62; BERRIAT SAINT-PRIX, t. 1, p. 118; MERLIN, *Rép.*, t. 14, p. 651, v° *Voie de fait*, § 1, art. 2, n° 1; CARRÉ, *Justices de paix*, t. 2, p. 228, nos 1375 et suiv.; TROPLONG, *Prescriptions*, t. 1, n° 90; THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 89; BOITARD, t. 2, p. 455 à 463; VICTOR FOUCHER, *Compétence* de M. Carré, édit. in-8°, n° 209, t. 3 p. 331, et CAROU, p. 72 à 79.

Voici comment s'exprime notre honorable confrère, M. BENECH, p. 239, le dernier auteur qui ait traité la matière, et nous regardons son opinion comme la plus imposante; car ses études spéciales lui ont permis plus qu'à tout autre de bien indiquer l'application des lois romaines à notre droit français. « S'il « nous est permis, dit ce savant professeur de droit romain, d'émettre dans « ce grave débat une opinion personnelle, nous avouerons que nous sommes « disposé à nous ranger du côté de ceux qui exigent, pour la réintégrande « comme pour la complainte, la possession annale. L'influence des prin- « cipes du droit romain sur l'interdit *recuperandæ possessionis*, nous paraît « ici entièrement nulle, puisqu'il s'agit d'une matière sur laquelle le législateur « moderne a promulgué des dispositions spéciales. Il en est de même de la « maxime *spoliatus antè omnia restituendus*, qui résout d'ailleurs la question « par la question, puisqu'il s'agit précisément de savoir si, pour être spolié « dans le sens légal, il faut avoir la possession annale, et, dans cet état de choses, « la contexture de l'art. 10, n° 5, du décret de 1790, et de l'art. 23 du Code de « procédure, qui n'admettent aucune distinction, nous semble décisive. »

La seule raison dont s'appuie la doctrine de la Cour de cassation, qu'il faut d'abord rétablir celui qui s'est vu dépouillé par voie de fait, ne sert donc, comme le dit M. Benech, qu'à résoudre la question par la question.

La disposition de l'art. 23 du Code de procédure nous paraît aussi trop formelle, trop générale, pour permettre le doute. L'action possessoire doit être déniée à celui qui n'a pas la possession annale. Prétendra-t-on, pour échapper à l'irrésistible conséquence qui en résulte, que la réintégrande n'est pas une action possessoire? mais alors, en vertu de quel principe, de quelle loi la porte-t-on devant le juge de paix? et d'ailleurs, ce prétexte, qu'on pouvait invoquer encore en 1837, n'a plus de base depuis que l'art. 6 de la loi du 25 mai 1838 s'est livré à l'énumération de quelques actions possessoires, au nombre desquelles se trouvent nommément comprises la complainte, la *réintégrande*, et la dénonciation de nouvel œuvre.

Cependant M. Carou, qui, dans les termes du Code de procédure civile, partageait complétement notre avis, et blâmait la jurisprudence de la Cour de cassation, prétend, au contraire, que la disposition de la loi nouvelle est favorable à cette jurisprudence (p. 80 à 86).

Voici comment il raisonne : sous l'ancien droit, il existait, d'après lui, deux sortes de réintégrande, celle qui subvenait à une usurpation paisible, et celle qui était dirigée contre une voie de fait accompagnée de violence. La première rentrait tout-à-fait dans la nature et les principes de la complainte, et en prenait le nom; la seconde, seule, était, à proprement dire, une réintégrande. Comme celle-ci est presque inutile dans nos mœurs, le Code de procédure ne l'ayant pas nommée, il fallait en conclure qu'il n'admettait que la première; toutes les fois, donc, qu'elle avait lieu, il fallait la traiter comme la complainte. Mais, la loi nouvelle ayant reproduit le mot de *réintégrande*, il s'ensuit, d'après le même auteur, qu'elle a voulu rétablir la réintégrande proprement dite de l'ancien droit, et avec les règles spéciales que cet ancien

droit lui avait appliquées. Or, comme il n'exigeait pas la possession annale, il ne faudra pas l'exiger.

D'abord, il n'est pas certain que cette distinction ait été réellement admise sous l'ancien droit; plusieurs auteurs le contestent.

Mais, d'ailleurs, il ne nous paraît pas résulter, de l'énumération faite par la loi de 1838, qu'elle eût voulu la rétablir. Il nous semble, au contraire, que, plaçant la complainte et la réintégrande sur la même ligne, et les assimilant en bloc à toutes les autres actions possessoires, cette loi aurait virtuellement supprimé toutes les différences, s'il en eût encore existé.

Elle nous semble donc fournir un argument de plus à notre système, et M. BENECH, p. 267, en convient, quoique, dans son opinion, le législateur de 1838 n'ait pas eu l'intention de se prononcer sur la question, et qu'il ait préféré, au contraire, conserver une stricte neutralité.

Au reste, même d'après M. Carou, ce ne serait que contre la spoliation violente que l'action en réintégrande serait accordée au possesseur moins qu'annal. Les arrêts de la Cour de cassation, qui ont prononcé sur des cas différents, ne seraient même pas justifiés par son système.

Il faut donc appliquer ici ce que nous avons déjà dit sous la *Quest.* 107; c'est que le dépouillé par suite de violence peut intenter une action en dommages. Le juge de cette action ne sera plus renfermé dans les règles imposées au juge du possessoire; il prononcera la réparation du dommage contre celui qui l'aura occasionné, à moins que l'assigné ne dise: *feci sed jure feci.* Quant à la question de savoir à qui incombera la preuve, *V. Quest.* suiv.]] **Supp. alph.**, v° *Act. possess.*, n. 5 et suiv.

[[**107** ter. *Lorsqu'un individu poursuivi en dommages-intérêts pour avoir troublé, par un acte quelconque, la possession du demandeur, soit devant les tribunaux de répression, soit devant les tribunaux civils, élève l'exception* feci sed jure feci, *à qui incombe la preuve* (1)?

La solution de cette question mérite, par sa gravité, un examen approfondi.

Le fait doit être posé sous toutes ses physionomies, pour arriver plus facilement à l'application des principes.

Pierre, troublé par Jean dans la possession de sa propriété, par un acte qu'on ne pourra pas qualifier de violent, l'assigne en dommages devant le juge soit civil soit correctionnel (2). Jean répond: *feci sed jure feci.*

Pierre a été dépossédé violemment, même poursuite de sa part, même réponse de son adversaire.

Dans ces deux hypothèses, Pierre avait porté son action devant le juge de paix, en vertu de l'art. 5 de la loi du 11 avril 1838.

Dans la même position, nous supposerons aussi que l'action avait été portée, pour soustraction frauduleuse, devant le tribunal correctionnel.

Il serait même possible que le dommage causé, ne l'ayant pas été aux champs, fruits et récoltes, l'action civile eût dû être portée devant le tribunal de première instance, et non devant le juge de paix. Nous nous demanderons

---

(1) [*V.* la *Quest.* précédente.]

(2) [A nos yeux, les principes sont les mêmes, que l'action soit portée devant un juge civil, ou un juge correctionnel. Toutes les fois que la dénomination de poursuite au possessoire n'a pas été donnée à l'action, notre savant maître, M. Carré, n'admet pas la voie correctionnelle, *Traité de la compétence*, éd. in-8°, t. 3, p. 323, n° 209. Mais nous ne pouvons partager cette opinion, M. Dalloz, qui est de notre avis, invoque un arrêt de la Cour de cassation du 18 août 1823 (t. 1, p. 241, § 11).]

maintenant que deviendront ces diverses actions si le défendeur a toujours répondu *feci sed jure feci*, devant quel juge l'instance devra être renvoyée, et à qui incombera la preuve?

C'est surtout ce dernier résultat qui fait toute l'importance de la difficulté, car le rôle passif de défendeur, lorsqu'il s'agit d'une preuve testimoniale, est le plus favorable, *actore non probante reus absolvitur*. A notre *Quest.* 111, nous repoussons le système de la recréance par application formelle de ce vieux brocard toujours applicable. Il ne doit donc pas être possible à un plaideur de se soustraire à la position qu'indique la nature du litige, par une habile évolution de procédure. Déjà nous poserons, comme un jalon indicateur, ce principe que, sans nous préoccuper de la voie soit civile, soit criminelle, qui aura pu être suivie, lorsque l'exception aura été accueillie, les parties devront reprendre la position qu'elles eussent occupée si l'action de possession ou de propriété avait été portée devant le juge naturel du possessoire ou du pétitoire.

Examinons maintenant les diverses hypothèses que nous avons cru devoir poser en commençant.

Le trouble n'était pas un acte violent de dépossession. Jean a fait paître ses bestiaux dans le pré de Pierre, et il soutient que ce pré est sa propriété et qu'il le fera faucher à la saison.

Demandeur au possessoire, Pierre aurait dû prouver sa possession annale. Les parties sont renvoyées devant le juge du possessoire. A Pierre incombe la preuve de la possession annale.

L'acte, au contraire, était une violence, une voie de fait. Cet acte n'est pas dénié, mais le spoliateur dit *feci sed jure feci*. Les parties sont renvoyées au possessoire. C'est à lui à prouver sa possession annale; pourquoi? parce qu'il avoue avoir troublé violemment un possesseur actuel et tranquille.

D'où vient cette différence dans les deux cas?

C'est qu'au premier, celui qu'on accuse d'avoir troublé nie le trouble, et soutient qu'il a continué à jouir, tandis que, dans le second, le défendeur avoue qu'il a troublé et non pas joui.

C'est qu'il n'est pas possible que par un fait violent on se place dans une position plus favorable que celle où on était auparavant. Or, avant l'acte violent, à qui aurait incombé la preuve si l'instance avait été portée devant le juge de paix? au demandeur. Le demandeur est évidemment le spoliateur, puisque son adversaire possédait et jouissait.

Il y a plus : lorsque l'exception est élevée devant les tribunaux ordinaires, autres que le juge exceptionnel du possessoire, le demandeur peut, avant d'acquiescer aux conclusions en renvoi, poser cette question au défendeur : Prouverez-vous, devant le juge du possessoire, une possession annale? car, autrement, votre exception est non recevable; vous n'avez le droit de me dépouiller, qu'autant que sur votre tête reposait une possession légale. Si le défendeur répond négativement, son acte n'est plus qu'un acte dommageable et de violence, qui doit entraîner sa condamnation. Si, au contraire, sa réponse est affirmative, il y a contrat judiciaire entre les deux parties, et, devant le juge du possessoire, celui qui a été dépouillé, quoique poursuivant, est défendeur en réalité quant à la preuve.

Si l'on nous opposait que nous arrivons au même résultat que MM. Henrion de Pansey, Garnier, Devilleneuve, etc., puisque celui qui a été dépouillé va triompher au possessoire, nous répondrions qu'en procédure, ce n'est pas le résultat seul qui doit être examiné, mais la forme de l'instance. Pourrait-on faire annuler un jugement par les juges qui l'ont rendu sans prendre d'abord soit la voie de la requête civile, soit celle du désaveu?

En principe, pour *intenter* une action possessoire dans laquelle on est demandeur, il faut prouver la possession annale. En principe, nous avons donc repoussé l'action possessoire dite en réintégrande, intentée par celui qui ne pouvait pas prouver une possession annale. Mais lorsque, sur la réparation d'une voie de fait, le spoliateur violent réclame le bénéfice d'une possession annale et paisible, nous le forçons à faire cette preuve devant le juge du possessoire.

On se trompe même en disant que nous arrivons au même résultat, car dans ce circuit d'actions qu'on blâme, outre la régularité absolue conforme au principe vital de la matière possessoire, nous voyons une conclusion définitive du litige. Si le spoliateur ne prouve pas sa possession annale, le spolié est réintégré et tout est jugé quant à la possession; reste à vider le litige en dommages. Si, au contraire, il prouve sa possession légale, il conserve l'objet litigieux. Tandis que si on accueille, devant un juge du possessoire, *l'action en réintégrande* formée par un individu qui ne possède que depuis vingt-quatre heures, quoique la possession soit *adjugée*, il faudra néanmoins revenir devant le même juge sur l'action du spoliateur qui, lui, ayant reellement la possession annale, voudra et devra se la faire adjuger; car le jugement qui le dépouille sera un trouble évident. Ainsi, dans ce système créé en dehors de la loi, il faudra deux jugements au possessoire, devant le même juge, pour une même possession.

Les évolutions de procédure seront aussi nombreuses que dans notre opinion; on nous permettra de penser qu'elles ne seront pas aussi logiques.

Si, préoccupé encore par cet ancien adage, *spoliatus antè omnia restituendus*, on veut nous opposer des raisons d'équité, nous répondrons que le juge peut ordonner le séquestre de l'objet litigieux pendant l'instance au possessoire, pour que tous droits soient conservés.

Il y a certaines positions dans lesquelles aucun juge ne pourra sympathiser avec un individu qui se prétendrait spolié.

Ainsi j'ai semé. La récolte est mûre, j'apprends que mon voisin l'a coupée; je me transporte avec tous mes domestiques et j'enlève cette récolte. Le voisin se plaint : *Spoliatus antè omnia restituendus.* J'ai été absent pendant huit jours de ma maison. A mon arrivée, je trouve un voisin installé, et, lorsqu'il veut persister, je le mets à la porte; il me poursuit devant le juge de paix, et dit : *spoliatus....* Dans tous ces cas et mille autres semblables, la faveur devra-t-elle donc s'attacher au possesseur actuel?

Dans notre opinion, disparaît alors cette grave difficulté de savoir si un fermier peut intenter *l'action en réintégrande?*

Comme *action possessoire*, non, certes, il ne le peut pas, mais comme action en dommages, il le peut, il le doit.

Que si le défendeur excipe de sa possession annale, alors le fermier appellera son propriétaire devant le juge du possessoire où la question ne peut se vider qu'entre deux possesseurs *animo domini.* Le jugement seulement sera rendu commun entre les deux prétendants à la possession et le fermier, pour que ce dernier puisse reprendre son action en dommages lorsque le spoliateur aura succombé dans l'action possessoire.

Quelques auteurs ont paru penser que celui qui se plaignait, en police correctionnelle, d'une atteinte à sa propriété, ne pouvait plus, à fins civiles, se pourvoir devant le juge du possessoire; c'est là une grave erreur qui prend sa source dans une fausse application de principes vrais en eux-mêmes : « Celui qui agit au pétitoire, dit-on, ne peut plus revenir au possessoire, parce qu'il est censé reconnaître la possession. Donc celui qui a assigné devant le tribunal correctionnel doit être placé dans la même position, parce qu'il ne s'agit devant ce tribunal que d'une question de propriété. »

Devant les tribunaux correctionnels, les questions de possession et de propriété sont complétement en dehors du litige; ce qui le prouve, c'est que le renvoi doit être ordonné dès qu'on en fait l'objet de la contestation.

Lorsque ce renvoi a été prononcé, les parties se trouvent donc dans la position que nous avons déjà examinée. C'est à elles de prendre la voie qu'elles croiront la plus sûre et la plus prompte. En un mot, l'action correctionnelle ne devra avoir aucune inflence sur l'action au possessoire ou au pétitoire, quels que soient les termes du jugement de renvoi. Un arrêt du 1er avril 1829, de la Cour de Bourges, résume clairement nos principes. «Considérant qu'au tribunal correctionnel, Clairvaux, alléguant le titre de propriétaire de la bruyère, se plaignait d'un délit; que les intimés alléguaient aussi leur propriété; qu'en cet état le tribunal a renvoyé les parties à fins civiles à l'effet par elles de faire juger leur débat, sans qu'aucune d'icelles fût chargée spécialement de poursuivre; qu'ainsi, les parties se sont trouvées dans la même position où elles étaient avant l'action correctionnelle; que toutes deux pouvaient ainsi assigner en maintenue, soit possessoire, soit pétitoire, puisque les questions de possession et de propriété étaient entières, et qu'on ne voit pas à quel titre Clairvaux, qui était demandeur et qui devrait prouver, a cru pouvoir exiger que les défendeurs produisissent leurs titres, dit qu'il a été bien jugé.» (*J. Av.*, t. 37, p. 182.)

Cet arrêt est conforme à une décision du 10 mars 1829, de la Cour d'Orléans. (*S.*, t. 29, 2e part., p. 138.)

Les partisans de l'opinion que nous combattons présentent la jurisprudence de la Cour de cassation comme contradictoire, et ils citent deux arrêts rendus, disent-ils, dans l'un et l'autre sens (18 août 1823, et 10 janvier 1827; *J. Av.*, t. 25, p. 310, et t. 33, p. 17).

C'est encore une erreur, et ces deux arrêts ne révèlent nulle contradiction dans la jurisprudence de la Cour suprême; celui du 10 janvier 1827 casse un jugement qui s'était fondé sur ce que le demandeur, ayant engagé le pétitoire devant le tribunal correctionnel, n'avait pu former ensuite une demande possessoire; dans cet arrêt, la question est jugée *in terminis*. Qu'avait décidé la Cour, le 18 août 1823? que, par suite des conclusions respectives des parties, il y avait eu contrat judiciaire renfermant la contestation dans une question de propriété, et que le jugement attaqué, en faisant ainsi l'application d'une chose jugée, n'avait violé aucune loi.

Nous avons donc raison de répeter en terminant que cet arrêt de rejet n'offre même pas un préjugé favorable contre notre opinion.

Nous admettons toutefois, avec la Cour de Besançon (arrêts des 14 août 1822 et 2 août 1827, *J. Av.*, t. 34, p. 152) que, si, après le renvoi à fins civiles, une partie a pris de préférence la voie du pétitoire, c'est à elle qu'incombe la preuve de propriété, lors même que de fait elle serait en possession, parce que, demanderesse, elle doit prouver.

Nous croyons aussi que la Cour de cassation, le 20 janvier 1824 (*J. Av.*, t. 26, p. 21); a eu raison de décider que l'action correctionnelle ne suspend point la prescription annale de l'action possessoire.

Disons, en résumé, qu'une action devant les tribunaux civils ou correctionnels, en réparation d'un dommage, ne détermine aucune modification, en ce qui concerne les preuves, dans la position des parties; à moins toutefois qu'il ne s'agisse d'un acte violent de possession qui, par sa nature, engendrant l'action elle-même en réparation de dommages, ne peut être modifié par une exception qu'autant que cette exception est de nature à faire disparaître le délit, c'est-à-dire par l'offre d'une preuve de la propriété ou de la possession annale.]] Supp. alph., v° *Act. possess.*, n. 12 et s.

Add. — 107 quater. *La complainte serait-elle recevable de la part d'un possesseur qui aurait été troublé dans l'année par un autre que celui contre lequel il formerait cette action?*

Nous supposons que *Titius* possède une pièce de terre depuis plus d'un an. Il exerce la complainte contre un voisin qui vient de le troubler. Celui-ci oppose que l'action est non-recevable, parce que la jouissance du demandeur a déjà été troublée dans l'année par un tiers. Il en conclut que la possession n'a pas été paisible dans l'année antérieure au trouble.

M. AULANIER, p. 17, nonobstant l'opinion qu'il avait émise sur la question précédente, ne pense pas que cette exception soit fondée, et nous partageons d'autant plus volontiers son sentiment que nous avons admis l'action possessoire contre un tiers, de la part du possesseur qui n'aurait pas encore acquis la possession annale. En effet, le défendeur ne peut argumenter d'un acte qui lui est étranger. Si donc l'auteur de cet acte ne s'en prévaut pas pour contester la complainte, il existe, contre tout autre que lui, une présomption de droit et de raison, qu'il n'a agi que du consentement du demandeur, et en conséquence de son droit; nulle preuve ne saurait être admise contre cette présomption. **Carr.**

[[Cette solution est incontestable et sert à combattre une partie des inconvénients signalés en finissant par M. Carré lui-même, sur la *Quest.* 107; car on ne suppose pas sans doute cinq cas de trouble violent dans la même année.]]

Add.—107 quinquies. *Est-il nécessaire, pour que la complainte soit recevable, que la possession ait été publique pendant toute l'année, en sorte qu'il faille toujours remonter à l'origine de cette possession, pour juger s'il y a clandestinité?*

L'affirmative de cette question résulte de ce que nous avons dit, d'après Dunod et Pothier, dans notre *Traité des Lois de la Compétence*, éd. in-8°, t. 6, p. 175, que, si l'on a d'abord possédé publiquement et de bonne foi, quoique l'on cache sa possession dans la suite, on ne laissera pas de prescrire; que si, au contraire, on a possédé au commencement en cachette ce qu'on savait n'avoir pas justement acquis, la possession publique qu'on en aurait ensuite ne pourrait pas opérer prescription, quand même on aurait dénoncé de suite sa possession au propriétaire.

Cette opinion, dit M. AULANIER, p. 30, était parfaitement fondée sous l'empire de l'ancien droit, qui remontait toujours à l'origine de la possesssion pour en déterminer la nature; mais le Code civil admet que la possession violente dans son principe devient susceptible d'opérer la prescription, et par conséquent d'autoriser la complainte, à partir du moment où la violence a cessé; pourquoi donc ne déciderait-on pas également que la possession, qui a d'abord été clandestine, devient utile à partir du moment où elle devient publique? La raison dit que, pour apprécier la possession, il ne faut la considérer que dans le temps pendant lequel elle a dû exister pour produire son effet, et nous croyons qu'il est conforme à l'esprit de la loi de ne pas pousser les recherches plus loin, surtout lorsqu'il ne s'agit que d'une action possessoire.

L'opinion que M. Aulanier combat ici est celle que M. FAVARD DE LANGLADE, t. 1, p. 596, et après lui M. VAUDORÉ, t. 2, p. 186, ont émise, nonobstant la disposition de l'art. 2233 du Code civil, dont argumente l'auteur du *Traité des Actions possessoires*, et qui porte, en effet, que, si les actes de violence ne peuvent fonder une possession capable d'opérer la prescription, néanmoins *la possession utile ne commence que lorsque la violence a cessé*

Dirions-nous, pour maintenir la proposition que nous avons avancée dans notre *Traité des Lois de la Compétence*, qu'aucune disposition de nos lois actuelles ne s'est exprimée, relativement à la clandestinité, comme le fait l'art. 2233 précité, à l'égard de la violence ; que, par conséquent, rien ne s'oppose à ce que l'on admette, en ce dernier point, les doctrines des anciens auteurs? Nous serons fidèle à la profession de foi que nous avons faite de reconnaître franchement les erreurs qui nous seraient échappées : nous conviendrons que l'analogie entre le cas de violence et celui de la clandestinité est d'une évidence trop palpable pour que nous ne concédions pas l'objection de M. Aulanier. **Carr.**

[[Nous adoptons volontiers cette doctrine. Mais, sur le point de savoir si la possession, publique dans son origine, mais cachée dans le reste de sa durée, est suffisante pour intenter l'action possessoire, nous ne pouvons partager l'opinion de M. Carré, quoiqu'elle soit commune à POTHIER, *Traité de la Possession*, ch. 1, n° 28, et à M. FAVARD DE LANGLADE, p. 595, n° 4.

Nous pensons que la possession, qui n'a pas été publique pendant tout le cours de l'année, ne suffit pas pour donner qualité à l'effet d'intenter l'action possessoire, et nous tirons un argument, qui nous paraît assez fort, de l'article 2229 du Code civil, qui veut, pour prescrire, une possession publique : si, pendant six mois de l'année, la possession était précaire ou violente, prescrirait-on? Non, certainement : et ne doit-il pas en être ainsi, quand la possession a été cachée pendant un certain espace de temps? Le voleur peut avoir eu le bonheur de posséder publiquement, sans trouble de la part du véritable propriétaire, pendant quelques mois ; mais il eût été expulsé, s'il n'eût pas eu l'adresse de cacher sa possession pendant un plus grand espace de temps? Eh quoi! il suffirait, dans le sens de l'opinion que nous combattons, qu'il y eût un jour de possession publique pour donner qualité à celui qui aurait joui clandestinement pendant onze mois et vingt-neuf jours, tandis qu'on rejetterait les prétentions de celui qui aurait joui clandestinement le premier mois, et publiquement les onze autres mois.

Nous ne voyons pas les raisons de différence et nous croyons que, dans tous les cas, celui qui, dans l'année de la possession, a joui clandestinement, ne doit mériter aucune faveur. Il est assez sévère qu'on puisse être dépouillé de la jouissance de ses propriétés par défaut de soins pendant une seule année ; au moins faut-il que celui qui est mis au lieu et place du véritable propriétaire, ait joui pendant son année tout entière, à la face du public, et sans user de moyens qui pussent faire soupçonner au propriétaire l'intention de ne plus s'emparer de ses biens.]]

Add. — 107 sexies. *S'il est vrai que l'on peut former l'action possessoire pour trouble à la possession, sans considérer si elle est juste ou injuste, est-il permis d'en conclure que cette action appartient à celui qui possèderait clandestinement, par violence, ou précairement?*

Nous avons résolu négativement cette question, dans notre *Traité des Lois de la Compétence*, 2e part., liv. 3, tit. 2, ch. 2, *Quest.* 417, éd. in-8°, t. 6, p. 183; mais, pour l'intelligence de cette solution, il convient de rappeler ici qu'à la page 175 du même volume, nous avions posé en principe que, la loi n'exigeant autre chose pour former l'action, si ce n'est que la possession du demandeur ait les caractères qu'elle détermine, il s'ensuivait que la bonne foi n'est point une condition nécessaire pour que l'action soit recevable, en sorte qu'il importe peu que le détenteur soit de bonne ou de mauvaise foi; qu'il ne peut être question que du fait de la possession.

Si nous n'avions pas énoncé ce principe, il eût été inutile d'examiner la

question ci-dessus, dont la solution se concilie d'ailleurs avec lui, en ce sens qu'encore bien que la violence, la clandestinité, le précaire, démontrent ou au moins décèlent la mauvaise foi, néanmoins, et indépendamment de cette considération, l'action n'est pas recevable, parce que la première disposition de l'article 2233 précité, du Code civil, porte que la violence ne peut fonder une possession capable d'opérer la prescription, et qu'il doit en être de la clandestinité et du précaire, comme de la violence. **Carr.**

[[Cette solution est évidente.]] **Supp. alph.**, *Act. possess.*, n. 39 et s.

108. *L'action possessoire peut-elle être formée sinon devant le juge de paix, du moins devant le tribunal de première instance, si le trouble remonte au-delà de l'année dans laquelle on se proposerait de l'intenter?*

« Pour que les actions possessoires, dit M. Hautefeuille, p. 64, *soient de la* « *compétence* du juge de paix, il faut que l'action soit intentée dans l'année où le « délit ou le dommage a été causé; autrement le juge de paix n'est plus com- « pétent pour en connaître; elle doit être portée, en ce cas, devant les juges « ordinaires. »

L'auteur fonde son opinion sur la disposition du n° 2, art. 10, de la loi du 24 août 1790, qui porte que le juge de paix connaîtra des usurpations, etc., *commises dans l'année.*

Mais c'est une erreur évidente sur le sens de cet article; car il est de l'essence de l'action possessoire d'être formée dans l'an, et, par conséquent, elle ne peut l'être après l'année devant les juges ordinaires, puisque, après ce délai, l'auteur du trouble qui a acquis la possession est le seul auquel l'action dont il s'agit puisse appartenir désormais (1).

[[Nous ne saurions élever de doute sur cette solution. Dans le cas prévu, il n'y a plus d'autre voie que l'action pétitoire. (*V. Q.* 117 *bis.*)]] **Supp., alph.**, n. 55.

109. *Le délai d'un an pour intenter l'action possessoire court-il du jour même du trouble, et non pas du jour où le trouble a été connu, encore bien qu'il s'agisse d'un trouble de droit plutôt que d'un trouble de fait* (2), *et que le trouble ait eu lieu, non contre le propriétaire, mais contre un fermier de qui le propriétaire n'en a pas reçu avis?*

Oui, attendu que l'art. 23 du Code de procédure fait courir le délai du jour du trouble, et que le fermier est d'ailleurs seul responsable de sa négligence, aux termes de l'art. 1768 du Code civil. (Cass., 12 octobre 1814; *S.*, t. 15, 1re part., p. 124, et *J. Av.*, t. 2, p. 462.)

[[Telle est aussi, et avec raison, l'opinion de MM. FAVARD DE LANGLADE, t. 1, p. 596, n° 6; GARNIER, p. 90, et CAROU, p. 772.]] **Supp. alph.**, n. 50 et s.

Add. — 109 bis. *Ne peut-on former l'action possessoire pour cause de nouvel œuvre que pour des travaux commencés?* V. *suprà*, p. 96, note 1.

M. PIGEAU, dans son *Commentaire*, t. 1, p. 53, s'exprime ainsi :

« La loi 14, ff. liv. 39, tit. 1, décide que cette action ne peut s'intenter quand les ouvrages sont achevés, *non adversùs præteritos;* apparemment parce qu'on

---

(1) *V.* le n° 107.

(2) On a, en effet, le droit d'exercer l'action possessoire, lorsqu'on est troublé dans la possession, soit réellement, soit civilement; *réellement*, par une voie de fait: c'est le *trouble de fait; civilement*, par un simple acte judiciaire : c'est le *trouble de droit.* (*V.* BERRIAT-SAINT PRIX, pag. 115, not. 30.)

doit présumer que le silence, pendant la confection des travaux, est considéré comme un acquiescement tacite ; mais cette décision ne peut être admise parmi nous.

« Si le possesseur était absent, ou si les travaux avaient été faits avec une telle promptitude qu'il n'eût pu les empêcher, il est évident que, n'étant pas présumé avoir consenti, on ne peut pas lui opposer cette loi.

« S'il était présent, ou si les travaux ont duré assez longtemps pour qu'il eût pu les connaître, comme cette action est possessoire, que l'art. 23 du Code de procédure permet d'intenter cette action dans l'annnée du trouble, laquelle ne commence que du jour que ces travaux, à quelque point qu'ils fussent, l'ont troublé, il faut décider que ce n'est que de ce jour que court la prescription de l'action, et que, s'il ne s'est pas écoulé un an depuis la confection des travaux, il a ce qui reste de temps pour intenter cette action.

« S'il en était autrement, poursuit M. Pigeau, il faudrait, par parité de raisons, décider que celui qui a consommé le trouble, en matière de complainte, ou la spoliation, en matière de réintégrande, ne peut plus être poursuivi par l'une ou l'autre de ces actions, suivant les cas ; le contraire est décidé par la loi, qui permet de le faire après, fondée sur ce que le troublé a pu être absent ou empêché de réclamer; que, même dans le cas où il ne l'aurait pas été, il a pu, par modération, et pour laisser à l'auteur du trouble le temps de réfléchir, ne pas exercer sur-le-champ son action, afin d'amener celui-ci à se faire justice lui-même, et éviter par là un procès. »

Aucun des auteurs qui ont écrit sur les justices de paix n'a professé cette doctrine. M. Henrion de Pansey, par exemple, et M. Fournel, enseignent le contraire, ainsi que M. Guichard, dans ses *Questions possessoires*, p. 218.

Il y a, dit ce dernier, ceci de particulier à observer dans le cas du nouvel œuvre, c'est que, pour que la complainte en justice de paix soit recevable, il faut qu'elle soit formée avant l'achèvement de l'œuvre. C'est aussi ce que la Cour de cassation a jugé par deux arrêts, l'un du 15 mars 1826 (*J. Av.*, t. 31, p. 53), l'autre du 14 mars 1827 (*J. Av.*, t. 33, p. 60).

Voici les motifs de ces décisions, tels qu'ils furent établis dans les considérants du premier arrêt :

« Considérant qu'il s'agit, dans l'espèce, d'une dénonciation de nouvel œuvre ; qu'en thèse générale, cette action est de nature possessoire, en ce qu'elle tend à faire interdire la continuation de l'ouvrage commencé, et à faire ordonner que les choses demeurent provisoirement *in statu quo*.

« Mais attendu qu'il ne faut la confondre avec les autres actions possessoires, et qu'elle est caractérisée par deux différentes règles qui lui sont propres, déterminées par le droit romain, consacrées par l'ancienne jurisprudence française, et conformes à la saine raison et au véritable esprit des lois nouvelles ;

« 1° En ce que l'interdit *de novi operis nunciatione* ne peut plus être exercé après qu'on a laissé achever le nouvel ouvrage sans s'en plaindre ;

« 2° En ce que, si l'interdit a été exercé avant la fin de l'ouvrage, son effet se borne à en faire suspendre la continuation, jusqu'à ce que le juge du pétitoire ait décidé si le propriétaire qui a commencé l'ouvrage sur son propre fonds a droit de l'achever, ou s'il doit le détruire ; question qui tient essentiellement à la propriété, et ne peut devenir l'objet d'une complainte;

« Attendu qu'autoriser en ce cas un juge de paix à faire détruire des ouvrages commencés, et à plus forte raison des ouvrages terminés, ce serait l'investir d'une juridiction exorbitante, qui n'est ni dans la lettre ni dans l'esprit des lois nouvelles. »

Ainsi donc, lorsque les travaux ont été terminés, celui qui se croit fondé à s'en plaindre ne peut qu'intenter l'action pétitoire.

On peut considérer la jurisprudence de la Cour de cassation, sur ce point.

comme irrévocablement fixée; car il serait difficile de réfuter les motifs qui lui servent de base. **Carr.**

[[Voici comment la Cour de cassation les a, elle-même, réfutés, dans un arrêt du 17 juin 1834 (*J. Av.*, t. 47, p. 629). — «Vu l'art. 10, tit. 3, de la loi du 24 août 1790; vu aussi l'art. 23 du Code de procédure civile; — attendu qu'aux termes de ces lois, la circonstance que les ouvrages qui constituent le trouble ont été faits sur les fonds du défendeur avant l'action intentée contre lui, et qu'ils étaient alors terminés, ne fait point obstacle à ce que la construction de ces ouvrages soit dénoncée par celui auquel elle préjudicie, comme un trouble à la possession annale dont il se prévaut; que l'action intentée, dans l'espèce, était une demande en maintenue dans la possession annale du terrain, que le demandeur soutenait lui appartenir, et être exempt de toute servitude de vue de la part des défendeurs sur sa propriété et constituait une véritable action possessoire de la compétence du juge de paix; — qu'en refusant d'y statuer, et de prononcer sur la possession invoquée par le demandeur, le jugement attaqué a expressément violé les lois précitées.—Casse, etc. »

Au reste, la doctrine consacrée par cet arrêt avait été déjà professée par la même Cour, les 11 juillet 1820 (*J. Av.*, t. 2, p. 518), et 13 avril 1819; *J. Av.*, t. 2, p. 486), et, si elle s'en était écartée, par les arrêts de 1826 et 1827, cités par M. Carré, elle y est revenue par une jurisprudence constante et uniforme, les 28 avril 1829 (*J. Av.*, t. 38, p. 360); 22 mai 1833 (*J. Av.* t. 45, p. 461), et plus récemment encore, le 5 février 1838 (*J. P.*, t. 1 de 1838, p. 233). La Cour de cassation de Belgique a aussi reconnu implicitement la même doctrine, le 13 mai 1835 (*Journ.* de cette Cour, t. 1 de 1835, p. 103).

C'est qu'en effet il résulte des nouvelles lois qui s'occupent des actions possessoires, que les distinctions du droit romain et de l'ancien droit français ne sont plus admises; que toutes ces actions sont soumises aux mêmes règles, et que, si on les distingue encore par divers noms, cela tient uniquement à la différence d'origine, mais nullement à la diversité de nature qui n'existe plus.

Ces principes, qu'il n'entre pas dans notre plan de développer, parce qu'ils regardent plus directement le droit que la procédure, sont contestés, il est vrai, par MM. HENRION DE PANSEY, chap. 38, sous la présidence et l'influence duquel furent rendus les arrêts de 1826 et 1827, et BENECH, p. 242.

Mais ils sont professés par MM. MERLIN, *Quest. de droit*, v° *Dénonciation de nouvel œuvre;* GARNIER, p. 29, et CAROU, p. 56, n° 46.

La dénonciation de nouvel œuvre, comme toutes les actions possessoires, n'est donc point soumise à d'autre prescription que celle d'un an, à partir du moment où les travaux ont commencé à être une cause de trouble.

De ce que la loi de 1838 a reproduit, dans son art. 6, le nom particulier de cette action, banni depuis longtemps du langage légal, M. CAROU en conclut, comme il le fait pour la réintégrande (*V.* la *Quest.* 107 *bis*), que, depuis sa promulgation, la dénonciation de nouvel œuvre a été rétablie telle quelle était dans l'ancien droit, par conséquent avec les règles spéciales auxquelles elle était soumise. Nous n'hésitons pas à tirer de ce fait la conséquence contraire; car si la loi l'a nommée, c'est pour la mettre sur la même ligne que la complainte et la réintégrande; c'est pour la confondre avec la masse des actions possessoires, pour lesquelles une seule et même règle d'admissibilité a été tracée par l'art. 23 du Code de procédure civile.

Comment admettre qu'une action possessoire puisse avoir un caractère mixte par le fait de celui contre lequel on doit l'exercer? Paul avait droit de passer par la porte de Pierre; Pierre la fait murer pendant la nuit, *le nouvel œuvre est achevé,* et Paul n'aura pas le droit de faire citer Pierre devant le juge de paix! Tandis que Paul aurait eu ce droit si Pierre l'avait chassé de sa

maison, ou s'il avait coupé sa récolte. On conçoit cette opinion au milieu des subtiles distinctions nominales des Romains; mais cette bizarrerie, qui était inadmissible même sous l'empire de l'ordonnance de 1667, ne peut plus exister aujourd'hui.

Le seul système qui paraisse rationnel est celui-ci : vous me troublez dans ma possession *par un acte quelconque;* je me plains avant l'expiration de l'année, et c'est au juge de paix que je dois m'adresser. C'est aussi celui que la jurisprudence a consacré comme on vient de le voir.]] **Supp. alph**, v° *Act. possess.*, n. 45 et s.

ART. 24. Si la possession ou le trouble sont déniés, l'enquête qui sera ordonnée ne pourra porter *sur le fond* du droit.

[Notre Comm. du Tarif. t. 1, p. 20, n°s 1 et 2.] — Ordonn. de 1667, tit. 18, art. 3. — Code de proc., art. 34, et *infrà* sur l'art. 25 *in fine*. — [Notre Dict. gén. de pr., vis *Action*, n° 65; *Action possessoire*, n°s 26, 26 *bis*, 120 à 124, 126, 128, 129, 133, 137 à 140, 142, 145 à 149, 151, 152, 159 à 162; *Juge de paix*, n°s 18 *bis, ter, quater*. — Devilleneuve, v° *Action possessoire*, n°s 71 à 72 *bis*, 91, 92, 97, 99, 100, 106. — Arm. Dalloz, v° *Action possessoire*, n°s 301 à 317, 324 à 339. — Carré, *Justices de paix*, t. 2, p. 294, n° 1458. — QUESTIONS TRAITÉES: De ce que l'art. 24 porte que l'enquête sera ordonnée lorsque la possession ou le trouble seront déniés, résulte-t-il que le juge de paix ne puisse appointer à informer, lorsque l'une des parties laisse défaut? *Q.* 110. — Si les preuves sont égales de part et d'autre, le juge de paix doit-il ordonner le séquestre ou la récréance jusqu'à ce que l'affaire soit jugée au pétitoire? *Q.* 111. — Le juge de paix pourrait-il ordonner le séquestre de l'immeuble litigeux pendant l'instance du possessoire? *Q.* 111 *bis*. — Lorsque le juge de paix, usant de la faculté que nous lui avons reconnue, sur notre *Q.* 111, soit de débouter le demandeur faute de preuve de la possession, soit de renvoyer au pétitoire sans ordonner le séquestre ou la recréance, soit en accordant l'un ou l'autre, ou en adjugeant la possession provisoire de chacune des parties conjointement, en faveur de laquelle doit être la présomption de propriété qui naît de la possession? *Q.* 111 *ter*. — Si les parties renvoyées au pétitoire, soit dans l'état de possession déclarée commune, soit dans l'état où la possession n'a été adjugée à aucune d'elles, ne produisent point devant le juge des titres de propriété, ou ne font pas preuve d'une possession antérieure à la dernière année, et qui, par sa durée, par sa continuité, ses caractères, leur ait fait acquérir la propriété par prescription, qu'est-ce que le juge du pétitoire devra statuer en ces circonstances. *Q.* 111 *quater*. — Les juges peuvent-ils, en prononçant sur le possessoire, avoir égard aux titres de propriété produits par l'une des parties? *Q.* 112.] (1).

XVIII. L'action possessoire s'intente et se poursuit dans la forme ordinaire; mais l'art. 24 *oblige* le juge de paix à ordonner une enquête sur la possession annale seulement, sans examiner les titres en ce qui concerne la propriété, sans même rechercher si la possession est juste ou non; en un mot, sans considérer le fond du *droit;* c'est-à-dire les faits ou pièces qui ne seraient utiles que pour la décision du pétitoire (2)

110. *De ce que l'art. 24 porte que l'enquête sera ordonnée lorsque la possession ou le trouble sera dénié, résulte-t-il que le juge de paix ne puisse appointer à informer, lorsqu'une des parties laisse défaut?*

Jousse, sur l'art. 3, tit. 18 de l'ordonnance, dit que le juge ne doit admettre le demandeur à la preuve que dans le cas où le défendeur comparaît et con-

---

(1) **JURISPRUDENCE.**

[Nous pensons que :

Un juge de paix, en admettant la preuve d'une possession annale, précise suffisamment l'état de la question, et ce qu'il faut prouver. Cass., 7 janv. 1829, *J. Av.*, t. 36, p. 159.]

(2) Supposons par exemple, que le demandeur ait conclu à ce qu'il fût ordonné au défendeur de clore une fenêtre donnant sur le chemin du premier; le juge de paix ne peut autoriser le second à prouver que le demandeur n'est pas propriétaire du chemin. Le tribunal ne pourrait aussi lui accorder cette autorisation, parce que l'enquête ne peut porter que sur les faits de possession et de trouble. (Cass., 18 juin 1816, *J. Av.*, t. 2, p. 469.)

teste ; il décide en conséquence que, si ce dernier fait défaut, le demandeur doit obtenir gain de cause sans être obligé de faire aucune preuve.

On pourrait opposer l'art. 150 du Code de procédure, d'après lequel les conclusions de la partie qui requiert défaut ne doivent être adjugées qu'autant qu'elles se trouvent justes et bien vérifiées. Or, dirait-on, pour vérifier les conclusions du demandeur, il faut nécessairement ordonner l'enquête. C'est d'ailleurs une conséquence du principe que le défaut emporte contestation.

Nous répondrons par les termes formels de l'art. 24 : il exige que les faits soient *déniés,* et suppose conséquemment la comparution du défendeur. Ainsi l'on appliquera, sur la question ci-dessus posée, la décision de Jousse.

Add. — Mais M. Chauveau Adolphe (*J. Av.*, t. 2, p. 531), et M. Aulanier, p. 263, s'appuyant tous les deux sur l'autorité très imposante sans doute de M. FAVARD DE LANGLADE, t. 1, p. 605, n° 11, rejettent entièrement notre opinion. Nous avons remarqué parmi leurs arguments celui qui se fonde sur le principe que le défaut emporte contestation, d'où suivrait que la disposition de l'article 24, qui exige que la possession ou le trouble soient déniés, ne peut s'entendre qu'en ce sens, que le défendeur qui comparaît et ne dénie pas doit être condamné, tandis que, s'il laisse défaut, l'on doit présumer sa dénégation et ordonner l'enquête.

Nous pourrions répondre que le principe dont il s'agit ne peut s'appliquer que dans le cas où la loi n'a pas positivement exigé un fait personnel de la part du défendeur ; or, notre article 24 veut, en termes exprès, que les faits de possession ou de trouble soient déniés par lui : donc, s'il laisse defaut, il n'y a pas lieu à ordonner l'enquête, puisqu'il n'y a pas dénégation, et, par suite, la possession ou le trouble doivent être pris pour constants. C'est ainsi que Jousse a raisonné sur l'article précité de l'ordonnance de 1667, et que nous nous sommes cru permis de le faire sur l'article 24 du Code, dont la rédaction est conçue en termes absolument identiques. Néanmoins, nous ne persisterons pas dans l'opinion que nous avons déjà émise, tant sur la précédente question que dans notre *Traité des justices de paix*, t. 4, p. 72, n° 2790, et, en effet, nous ne pouvons nier l'exactitude du principe que le défaut emporte contestation, et conséquemment nous sommes forcé de convenir que si le défendeur ne comparait pas, il y a de droit présomption de la dénégation de ses faits, et nécessité d'ordonner l'enquête conformément à l'article 24 : décider autrement, ce serait de notre part tomber en contradiction avec plusieurs opinions que nous avons fondées sur le principe ci-dessus rappelé, et, entre autres, avec la solution de notre *Quest.* 975, examinée sur l'art. 253 : nous y demandons en effet si, lorsque la partie contre laquelle un fait est articulé laisse défaut, le tribunal peut en refuser la preuve, par le motif que cette partie ne l'aurait pas dénié, et nous avons répondu négativement en appliquant le même principe, quoique l'article 253 exige la dénégation comme l'article 24.

D'un autre côté, l'application au cas qui nous occupe du raisonnement de Jousse se trouverait en opposition avec la disposition de l'article 150, qui, suivant l'interprétation que nous avons donnée sur notre *Question* 617, veut que les conclusions du demandeur qui requiert défaut ne lui soient adjugées qu'autant qu'elles se trouvent justes et bien vérifiées. Or, dans l'espèce de l'article 24, les conclusions du demandeur au possessoire ne peuvent être vérifiées qu'au moyen de l'enquête que ce même article prescrit sur la possession ou le trouble. Cet argument est d'autant plus décisif contre notre opinion que nous avons reconnu, au commentaire du tit. 3 que l'art. 150 était applicable dans les justices de paix. **Carr.**

[[Mais de cela que le juge du possessoire peut ordonner l'enquête, malgré

le défaut du défendeur, qu'il le doit même, si les faits allégués par le demandeur ne lui paraissent point prouvés, il ne s'ensuit pas qu'il soit obligé d'user de cette voie d'instruction, lorsque sa religion est suffisamment éclairée.

Au contraire, il peut prononcer, soit par défaut, soit contradictoirement, sans recourir à la preuve testimoniale, comme l'ont expressément jugé les arrêts de la Cour de cassation, des 25 juillet 1826 (*J. Av.*, t. 32, p. 91); 28 juin 1830 (DALLOZ, 1830, 1re partie, p. 369); 22 mai 1833 (*J. Av.*, t. 45, p. 461), et 4 juin 1834 (*J. Av.*, t. 49, p. 702).

A plus forte raison, n'est-il pas tenu d'ordonner la preuve de la possession exclusive du demandeur, lorsque celui-ci n'offre pas de la faire, et s'abstient de conclure à cet égard; Cass., 31 août 1831 (DALLOZ, 1831, 1re partie, p. 322).

Mais il violerait les principes et les formes de procédure en matière relative aux actions possessoires, s'il maintenait un défendeur à une action en complainte dans la possession annale de l'immeuble ou du droit litigieux, bien que celui-ci n'eût pris aucunes conclusions à cet effet, et que même il n'eût point articulé cette possession annale en sa faveur; Cass., 26 janvier 1824 (*J. Av.*, t. 26, p. 83).

Toutes ces décisions sont approuvées par MM. GUICHARD, p. 449; GARNIER, p. 361 et 362, et CAROU, p. 723 et 724.]]

111. *Si les preuves sont égales de part et d'autre, le juge de paix doit-il ordonner le séquestre jusqu'à ce que l'affaire soit jugée au pétitoire?*

Cette question suppose le cas où les deux parties demandent réciproquement à être maintenues dans la possession; c'est-à-dire celui où, les deux parties soutenant qu'elles ont une possession annale, il y a une demande reconventionnelle de la part du défendeur, à l'effet d'être lui-même maintenu dans la possession que le demandeur réclame.

Alors, dit DUPARC-POULLAIN, t. 10, p. 695, si les enquêtes respectives ne prouvent la possession ni pour le demandeur originaire, ni pour le défendeur, devenu lui-même demandeur par sa demande de reconvention, il paraît que le juge doit ordonner le séquestre et renvoyer les parties procéder au pétitoire.

Telle était aussi l'opinion de Jousse, sur l'art. 3, du tit. 18; de Pothier, dans son *Traité de la Possession*, chap. 6, sect. 2, nº 105; telle est celle de M. Henrion de Pansey, au *Nouveau Repertoire*, vº *Complainte*, t. 2, p. 661, etc.

Les commentateurs du Code actuel professent la même doctrine. (V. *Prat. franç.*, t. 1, p. 185; DEMIAU-CROUZILHAC, p. 34.) Nous croyons aussi que le juge de paix doit s'y conformer, nonobstant les raisons contraires rapportées par Rodier, sur l'art. 5 du titre précité de l'ordonnance; et, sans entrer dans la discussion de ces raisons, il suffit, pour nous déterminer, 1º que les auteurs qui ont dit que le séquestre doit être ordonné, aient cité des décisions judiciaires qui prouvent que telle était la jurisprudence; 2º que l'art. 1961 du Code civil ait consacré cette jurisprudence, en prononçant que la justice, c'est-à-dire *tout juge*, peut ordonner le séquestre d'un immeuble dont la propriété ou la *possession* est litigieuse entre deux ou plusieurs personnes. (Poitiers, 29 janv. 1813; *J. Av.*, t. 21, p. 179.)

Mais on sent qu'il n'y aurait point lieu à ordonner le séquestre dans le cas où, le défendeur déniant la possession ou le trouble, l'enquête qui serait faite à la requête du demandeur seulement ne prouverait rien en sa faveur.

En effet, dit DUPARC-POULLAIN, t. 10, p. 694, le demandeur doit prouver, et le détenteur n'est assujetti à aucune preuve, suivant la maxime *actore non probante reus absolvitur*. Ainsi, faute de preuve de la possession déniée, le

emandeur doit être débouté, et le jugement ne produit aucun effet sur la ossession : il laisse les parties dans l'état où elles étaient avant l'action. Si, u contraire, la possession est reconnue, et si le trouble, étant seulement ontesté, n'est pas prouvé, il n'y a lieu qu'au déboutement de la demande n dommages-intérêts. Le juge peut donc ordonner le séquestre, mais il n'y st pas obligé : d'où il suit qu'en maintenant, par exemple, deux parties ans la possession respective du terrain contentieux, parce que, d'après les nquêtes, chacune d'elles aurait exercé cumulativement et sans trouble des ctes de possession sur ce terrain, on ne violerait point l'art. 1961 du Code ivil.

Nous pensons aussi que le juge pourrait accorder, en définitive, la possesion à celui des intéressés qui lui paraîtrait le mieux fondé, soit par la nature les actes possessoires, soit par l'ancienneté de la possession, soit même par es titres. Il ne ferait en cela qu'appliquer cette maxime de Dumoulin sur 'art. 441 de la Coutume du Maine : *In conflictu probationum, titulata vel antiuior possessio vincit.*

[[MM. FAVARD DE LANGLADE, t. 1, p. 605, n° 12, et PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 72, ensent aussi qu'il y a lieu d'ordonner le séquestre ou la récréance (1), jusqu'au jugement sur le pétitoire, de la part du juge de paix qui ne peut décider laquelle des deux parties appartient la possession, parce que les moyens le l'une et de l'autre sont également douteux. M. THOMINE DESMAZURES, t. 1, 89, se borne à dire que le juge doit, en pareil cas, renvoyer au pétitoire.

Nous ne pouvons adopter ces opinions. Le juge de paix saisi d'une demande possessoire doit y statuer, et y statuer d'une manière définitive : il ne saurait, ans déni de justice et sans excès de pouvoir, se borner à une mesure provioire, tout en renvoyant les parties à se pourvoir au pétitoire. Ce renvoi n'est dmissible qu'autant que, venant à la suite d'un rejet pur et simple de l'action possessoire comme non justifiée, il n'a pas d'autre caractère que celui d'une lause de style surabondante. (*V.* la *Quest.* 114.) Hors de là il n'appartient pas u juge de paix de changer ainsi la nature et le caractère de la contestation; lle est de sa compétence, il doit la juger; la Cour de cassation l'a expressénent décidé le 29 déc. 1828 (*J. Av.*, t. 36, p. 236).

Selon nous, plus de *récréance*, du moins en matière d'actions possessoires.

M. Henrion de Pansey avoue lui-même qu'il n'existe aucune trace de ce mot lans l'ordonnance de 1667, et il est certain que nos lois nouvelles n'en parlent pas.

Quelle sera donc la règle de conduite du juge de paix, lorsque deux ou plusieurs individus se présenteront devant lui, en fournissant chacun la preuve d'une possession légale ?

Le 27 juin 1827, la Cour de cassation a donné la seule, la véritable réponse a cette question :

« *Aux termes de l'art.* 23, *Cod. pr. civ.*, a dit la Cour, *toute action possessoire est recevable lorsque les conditions exprimées s'y trouvent, et que la loi n'en impose pas d'autres.* »

Si donc l'une et l'autre des parties réunit ces conditions, l'une et l'autre doit obtenir gain de cause; la possession doit être maintenue à toutes les deux.

Dans notre pensée, enfin, une égale possession d'an et jour n'est possible

---

(1) [C'était, sous l'ancien droit, une possession provisoire que le juge du possessoire accordait à l'une des parties lorsque leurs droits étaient incertains, et que, ne pouvant les juger, il les renvoyait au pétitoire. Le séquestre est le dépôt de la possession entre les mains d'un tiers.]

que pour les communistes, ou du moins, lorsqu'elle est parfaite de part et d'autre, elle doit faire présumer la communauté, et chaque partie doit être maintenue dans le mode selon lequel elle a joui depuis an et jour. Il n'y a donc lieu ni à séquestre ni à récréance.

La Cour de cassation l'avait ainsi décidé par quatre arrêts, des 28 avril 1813 (*J. Av.*, t. 2, p. 435); 8 décembre 1824 (*J. Av.*, t. 27, p. 312); 27 juin 1827 (*J. Av.*, t. 33, p. 257); 19 novembre 1828 (*J. Av.*, t. 36, p. 241); mais, par un dernier arrêt, du 14 novembre 1832 (*J. Av.*, t. 43, p. 628), elle a, mal à propos selon nous, abandonné cette jurisprudence.

Maintenant, si le juge de paix était dans l'impossibilité de reconnaître la possession de l'une et de l'autre des parties, pourrait-il ordonner un séquestre, et renvoyer devant le tribunal civil, dépens réservés? Non, sans doute, parce qu'il sortirait ainsi de ses fonctions de simple juge de la possession. C'est à celui qui réclame à prouver; s'il fait une preuve incomplète, il doit succomber. Et ce principe ne doit pas être indistinctement appliqué au cas où l'enquête a été faite à la requête des deux contendants, comme à celui où le demandeur seul y a fait procéder. Car la qualité de demandeur lui impose à lui seul l'obligation de rapporter une preuve; la demande reconventionnelle du défendeur n'est pas autre chose qu'une défense à l'action principale: qu'importe que cette defense ne soit pas justifiée, si l'action qu'elle tend à repousser ne l'est pas elle-même?

Nous devons avouer que, sur ce dernier point, la jurisprudence de la Cour suprême ne nous offre que des décisions contraires à l'avis que nous venons d'émettre. Ses arrêts sont des 17 mars 1819 (*J. Av.*, t. 2, p. 484), et 31 juillet 1838 (*J. Av.*, t. 55, p. 543) : ils ont reconnu au juge du possessoire le droit d'ordonner le séquestre de l'immeuble litigieux, lorsqu'aucune des parties ne justifierait de la possession annale.

Cette jurisprudence est d'autant plus dangereuse qu'elle tend à faire naître et à fomenter les procès. Il est possible, en effet, que, sur le jugement au possessoire, la partie condamnée eût renoncé à ses prétentions. Du moment qu'il y aura un séquestre, le procès au pétitoire est inévitable; il est commandé. Et l'on verra, sous les *Quest.* 111 *ter* et 111 *quater*, quelles difficultés insurmontables peuvent naître pour sa décision.

Nos deux solutions, que nous avions déjà publiées dans le *Journal des Avoués*, t. 43, p. 460 et 630, sont adoptées par MM. GARNIER, p. 73 et 74, et CAROU, p. 829 à 845. Ce dernier résume ainsi la question, p. 834 : « Voici donc, ce nous semble, la marche simple et rationnelle qu'indiquent pour ce cas les principes de notre droit. Ou le demandeur ne prouve aucun fait de possession, ne justifie pas sa demande, et, dans ce cas, il en doit être débouté: ce principe est applicable à toutes sortes d'actions. Ou bien il prouve qu'il a réellement possédé la chose qu'il réclame; mais le défendeur prouve de son côté qu'il a également possédé cette même chose. Il faut en conclure que la possession a été commune entre le demandeur et le défendeur; or, c'est un fait dont il faut tenir compte, et, comme le juge de paix eût maintenu dans la possession exclusive de la chose celle des parties qui aurait justifié qu'elle en était possesseur exclusif, il est tout naturel aussi qu'il déclare la possession commune à l'une et à l'autre, si toutes les deux justifient qu'elles ont exercé des actes de possession qui ne s'excluaient pas mutuellement.]] **Supp. alph.**, v° *Act. possess*, n. 61 et s.

[[**111** bis. *Le juge de paix pourrait-il du moins ordonner le séquestre de l'immeuble litigieux pendant l'instance au possessoire?*

L'affirmative ne peut souffrir de difficulté. Elle résulte du texte formel de l'art. 1961 du Code civil, qui n'est applicable qu'à cette hypothèse, et elle est

enseignée par MM. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 70 et 71, et CAROU, p. 835. Mais on sent toute la différence qui existe entre ce cas où le provisoire n'est ordonné qu'en attendant le jugement définitif de l'instance pendante au possessoire, et celui de la précédente question où le juge n'aurait recours à ce provisoire que pour s'abstenir du définitif, éteindre, sans le juger, le procès pendant devant lui et en susciter un nouveau devant d'autres magistrats.

Il y a donc lieu à séquestre, dans cette circonstance, comme dans tout autre procès, et d'après les mêmes principes ; mais jamais à *récréance*, à moins qu'on ne voulût appeler de ce nom le séquestre qui serait confié à l'une des parties. Toutefois, dans une contestation où la possession est tout, il serait de la prudence et de l'impartialité du juge de ne pas agir ainsi.]]

Add. — 111 ter. *Lorsque le juge de paix, usant de la faculté que nous lui avons reconnue, sur notre* Quest. 111, *soit de débouter le demandeur faute de preuve de la possession, soit de renvoyer au pétitoire sans ordonner le séquestre ni la récréance, soit en accordant l'un ou l'autre, ou en adjugeant la possession provisoire à chacune des parties conjointement, en faveur de laquelle doit être la présomption de propriété qui naît de la possession ?*

Cette présomption, qui existe sans difficulté pour celui à qui la maintenue en possession a été accordée, est également acquise en faveur de celui qui, sans avoir été reconnu possesseur annal, a fait rejeter, faute de preuve, l'action en complainte. Mais si le juge de paix, n'accordant la possession ni à l'une ni à l'autre des parties, prend, au lieu de rejeter la demande purement et simplement, le parti de renvoyer l'affaire au juge du pétitoire, il faut distinguer.

Ou il ordonne le séquestre ou la récréance. Dans ce premier cas, nul doute que la présomption de propriété n'appartient à personne; car, comme le dit M. AULANIER, p. 381, n° 336, les deux parties sont également dans l'impossibilité d'invoquer la possession annale, ou même la possession actuelle; elles se présentent donc devant les juges du fond avec un pareil avantage, et la propriété doit être adjugée à celui des deux qui justifie par titres ou par témoins du droit le plus apparent. Le défendeur n'est pas alors fondé à invoquer la maxime : *Actore non probante reus absolvitur ;* car, dans les matières réelles, cette maxime tire toute sa force de la présomption attachée à la possession. **Carr.**

[[Cette conséquence est exacte; mais ses résultats sont tels qu'ils justifient parfaitement, ce nous semble, l'exclusion donnée par nous, sous la *Question* 111, du principe qui en est le générateur.

Les parties dit M. Carré, se présentent devant le juge du fond avec un égal avantage, et la propriété doit être adjugée à celle des deux qui justifie, par titres ou par témoins, du droit le plus apparent. Ainsi donc, la justice devra se décider par de simples apparences au lieu d'exiger une preuve complète, système déjà bien suspect.

Mais il y a plus; si aucune des deux parties ne justifie d'un droit même apparent à la propriété, de même qu'elles n'ont pu justifier de leur possession, que feront les juges? M. Carré dit lui-même que la maxime *actore non probante* n'a plus ici d'application, parce qu'elle se fonde sur une présomption qui, par l'effet du refus de juger le possessoire, n'existe ni de part ni d'autre.

Et pourtant, sans cette présomption, le juge du fond auquel on ne représente aucun titre ne peut pas juger ; il sera donc forcé (M. PONCET le décide ainsi p. 140) de renvoyer de nouveau au juge du possessoire pour que celui-ci prépare les éléments de sa décision. Voilà une succession indéfinie de renvois, dont rien de probable ne laissera prévoir le terme

Enfin, le procès ne pourra être vidé ni au possessoire, ni au pétitoire. Le séquestre ou la récréance dureront éternellement.]]

Add.—Ou le juge de paix a prononcé le renvoi sans ordonner le séquestre, ou sans accorder la récréance. Dans le second cas, nous pensons que l'on ne doit, comme dans le cas ci-dessus, admettre la présomption de propriété en faveur d'aucune des parties. Tel est aussi l'avis vers lequel M. AULANIER, p. 382, n° 37, déclare incliner, sans cependant répondre à une objection qu'il prévoit pouvoir être faite contre cette opinion.

Cette objection consisterait en ce que la présomption de propriété devrait exister en faveur du défendeur, d'abord à cause de sa qualité, et ensuite parce que, sur la demande à lui notifiée pour un acte de possession, il a été reconnu qu'il n'y avait pas lieu de le condamner.

Nous répondrons que, la présomption de propriété étant attachée, soit à la maintenue en possession annale obtenue par le demandeur contre le défendeur, soit à l'adjudication de cette possession à ce dernier qui l'a réclamée reconventionnellement, aucun des deux n'obtenant gain de cause, puisque le juge renvoie se pourvoir au pétitoire, nous sommes fondé à maintenir qu'il doit en être à l'égard de chacun comme du cas où le juge de paix aurait ordonné le séquestre ou la récréance. **Carr.**

[[Cette seconde partie de la solution est encore très logiquement déduite du principe, et nos observations sur la première partie s'y appliquent également.]]

Add. — On sentira l'importance de ces solutions par les conséquences qu'elles sont susceptibles de produire, relativement au jugement à rendre au pétitoire dans les différentes hypothèses que nous venons de supposer, et dont la recherche est le sujet de la question suivante. **Carr.**

[[Voir nos observations sur cette question.]]

Add. — 111 quater. *Si les parties renvoyées au pétitoire, soit dans l'état de possession déclarée commune, soit dans l'état où la possession n'a été adjugée à aucune d'elles, ne produisent point devant le juge de titres de propriété, ou ne font pas preuve d'une possession antérieure à la dernière année, et qui, par sa durée, sa continuité, ses caractères, leur ait fait acquérir la propriété par prescription, qu'est-ce que le juge du pétitoire devra statuer en ces circonstances ?*

Il résulte, de ce que nous venons d'établir sur la question précédente, que la présomption de propriété n'est attachée qu'à la possession dans laquelle la partie a été maintenue, ou réintégrée par le juge de paix, toutefois sauf le cas où elle aurait été provisoirement adjugée à chaque partie conjointement.

Ainsi, au pétitoire, le jugement de maintenue tient lieu au défendeur du titre qui lui manquerait pour prouver son droit de propriété. Par conséquent, le demandeur qui lui-même n'aurait de titre, ou qui ne pourrait justifier d'une possession antérieure au trouble, ayant tous les caractères exigés pour établir la prescription, doit nécessairement être débouté de sa demande, autant par l'effet du jugement rendu au possessoire, et qui présume le défendeur propriétaire, que par application de la maxime *actore non probante.* **Carr.**

[[Cela est incontestable.]]

Add.—Au contraire, si le jugement de renvoi au pétitoire avait adjugé aux deux parties conjointement la possession provisoire, nous pensons, ainsi que nous l'avons dit dans notre *Traité des Justices de paix*, t. 2, p. 215, n° 1368, qu'ayant ainsi tous les deux une possession commune, l'on doit décider, lorsqu'aucune d'elles n'a pour agir au pétitoire ni titres ni preuves qu'elle eût acquis par prescription, que chacune doit continuer d'exercer en commun les actes

possessoires comme par le passé. Elles seront donc réputées propriétaires par indivis : et comme, aux termes de l'article 815 du Code civil, nul n'est contraint de demeurer dans l'indivision, et ne peut convenir d'y rester au-delà de cinq ans, l'action de partage du terrain sera nécessairement recevable devant le tribunal civil de l'arrondissement. **Carr.**

[[Ainsi l'on voit que, dans les deux seules hypothèses que nous ayons admises (*suprà, Quest.* 111), celle où le demandeur est débouté faute de justifier son action, celle où les deux parties sont maintenues en possession provisoire pour avoir fourni des preuves égales, le jugement du pétitoire n'offre plus de difficultés inextricables, comme dans le cas où le juge de paix se serait borné à ordonner le séquestre ou la récréance. (*Voyez* sur la *Quest.* 111 *ter.*)

Tel est l'avantage que l'on trouve à respecter les principes, à vouloir qu'un juge compétemment saisi d'une instance la décide.

Ceux qui lui permettent de se décharger de ce soin recueillent le fruit d'une marche si irrégulière, dans les embarras, dans l'impossibilité qu'ils trouveront bien souvent, en telle ou telle circonstance, à terminer le procès d'une manière rationnelle.

C'est qu'en l'absence de titres, la possession est l'élément indispensable pour juger de la propriété ; c'est que, lorsqu'on se prive de cet élement, il n'y a plus moyen d'asseoir sa décision. Et l'on s'en prive, on le rejette, lorsqu'on attribue au juge du possessoire le pouvoir de s'abstenir, de laisser le fait de la possession en suspens.]]

Add.—Mais il est essentiel de remarquer combien il importe que les parties n'agissent que par cette action en partage; car celle qui se pourvoirait au pétitoire serait réputée renoncer à la communauté de possession adjugée par le jugement rendu au possessoire, et accorder par conséquent la possession exclusive à son adversaire ; elle se placerait dans le même état que si ce jugement l'avait accordée à celui-ci, et serait déboutée comme dans le cas précédent (1). **Carr.**

[[Nous n'adoptons pas cette dernière idée. En décidant que celle des deux parties maintenues en possession commune, qui veut se pourvoir au pétitoire, doit le faire par une action en partage, on suppose que le pétitoire est déjà jugé, que la question de propriété ne doit plus être débattue, qu'elle est déjà définitivement attribuée par indivis à l'une et à l'autre des parties. En d'autres termes, on traite le jugement au possessoire comme s'il avait été rendu au pétitoire; on lui fait produire les mêmes effets : cela est inadmissible.

Il est de principe, au contraire, qu'après la décision sur le possessoire on peut encore contester la propriété. La partie donc à qui on n'a accordé qu'une possession commune avec son adversaire pourra combattre la présomption d'indivision dans la propriété qui en résulte, et réclamer pour elle une propriété exclusive. Autrement, de quoi lui servirait la faculté de se pourvoir au pétitoire?

Qu'on ne dise pas qu'en agissant ainsi, elle serait réputée renoncer à la communauté de possession adjugée par la sentence possessoire. On dirait vrai sans doute, si son instance au pétitoire avait pour objet l'intégralité de la propriété, parce que cela supposerait qu'elle n'en possède aucune portion; mais il est bien évident que cet objet, qu'on aura le soin de préciser dans l'exploit d'ajournement, ne peut être que la portion du droit qui est présumé, en vertu de la possession commune, appartenir à son adversaire. Le deman-

---

(1) V. la troisième hypothèse que nous allons examiner.

deur au pétitoire ne renonce donc, par cette demande, qu'à la partie de possession accordée à son copossesseur.

Et peut-il faire autrement? et en quoi cette manière d'agir peut-elle lui être nuisible? N'est-il pas à cet égard, mais à cet égard seulement, dans la position de celui qui, ayant été condamné purement et simplement au possessoire, se pourvoit ensuite pour se faire adjuger la propriété? La différence n'est que du plus au moins; notre système conserve donc à chaque partie ses droits et ses avantages.]]

Add.—Mais si le jugement qui renvoie au pétitoire n'a accordé la possession à aucune des parties, soit qu'il ait ou n'ait pas ordonné le séquestre ou la récréance, c'est évidemment au demandeur au pétitoire qu'il appartient de justifier de ses droits à la propriété de la chose qu'il revendique, soit par titre, soit en prouvant qu'il a acquis par prescription. Autrement, il doit être débouté, non-seulement en vertu de la maxime *actore non probante*, mais encore parce que, le jugement de renvoi au pétitoire n'ayant rien prononcé sur la possession, il est réputé, en prenant la première voie, reconnaître la possession de celui contre lequel il revendique la chose qui est l'objet de son action. Il se place absolument dans la même position que s'il eût immédiatement agi par cette voie, sans avoir préalablement réclamé la possession devant le juge de paix. (*V.* le Comm., sur l'art. 26, n. XX.) **Carr**

[[M. Carré nous paraît poser ici un principe contraire à ce qu'il a dit sous la *Question* 111 *ter*, second alinéa.

Si les choses devaient avoir lieu comme il le pense dans le dernier passage, nous conviendrons qu'il y aurait moins d'inconvénient au renvoi pur et simple devant le juge du pétitoire; mais il n'en est pas ainsi, comme on peut le voir *loco citato*, d'après M. Carré lui-même, et d'après nos observations. La maxime *actore non probante* ne peut avoir d'application, parce que la présomption qui lui sert de fondement n'existe pas.

Et l'on dit à tort qu'en prenant la voie du pétitoire, le demandeur reconnaît la possession de celui contre lequel il revendique la chose. Cela serait vrai, s'il n'y avait pas eu une instance préalable au possessoire. Mais, cette instance ayant eu lieu, et la possession n'ayant été accordée à personne, celui qui se pourvoit au pétitoire n'est pas censé par là reconnaître la possession à son adversaire. Seulement il se plaint de ne pas l'avoir lui-même, puisqu'on l'a refusée à tous les deux, et, ne pouvant se la faire adjuger par les voies directes et ordinaires, que l'abstention du juge du possessoire lui a fermées, il a recours au pétitoire qui seul lui reste pour l'acquérir par voie de conséquences.

Le sentiment contraire aboutirait à ce résultat qu'après que le juge du possessoire aurait impérativement désigné aux deux parties la seule voie qui peut les faire parvenir à la solution de leur différend, celle des deux qui, obéissant à son injonction, prendrait cette voie la première, en serait punie par ce seul fait, et se trouverait dans la même condition où l'aurait placée une condamnation pure et simple au possessoire. Il faut donc conclure que, dans l'hypothèse où le juge de paix n'a cru devoir accorder la possession à aucune des parties, mais les a renvoyées au pétitoire, la présomption n'appartient, dans cette dernière instance, ni à l'une ni à l'autre; la preuve n'incombe pas plutôt au demandeur qu'au défendeur. Le premier ne doit pas être débouté par cela seul qu'il ne la fait point, si son adversaire ne la rapporte pas davantage.

Mais alors reparaissent tous les inconvénients que nous avons signalés sous la *Quest.* 111 *ter*; le jugement devient impossible. Donc, cette troisième hypothèse doit être rejetée.]]

112. *Les juges peuvent-ils, en prononçant sur le possessoire, avoir quelque égard aux titres de propriété produits par l'une des parties?*

Oui, sans doute; mais ce ne peut être que dans le cas où il serait nécessaire de les consulter pour déterminer la nature de la possession; par exemple, pour s'assurer qu'elle n'est pas à titre précaire. (V. *Quest. de Droit* de M. Merlin, aux mots *Complainte* et *Servitude.*)

[[Nous ajouterons que le juge de paix peut aussi consulter les titres lorsque l'une des parties, n'ayant pas une possession assez longue, essaie de la compléter en invoquant celle de son auteur, et produit, dans cette vue, le titre qui l'aurait mise aux droits du précédent possesseur.]]

Cependant M. Demiau Crouzilhac assigne un autre cas où, suivant lui, l'on pourrait consulter les titres; c'est celui d'une possession égale de part et d'autre. Alors, dit-il, il est permis de consulter la propriété, parce qu'on donne la préférence au titre le plus apparent, conformément à l'art. 2234 du Code civil, qui veut que l'ancienneté de possession en décide.

[[M. Pigeau, *Comm.*, t. 1, p. 75, énonce la même proposition que M. Demiau Crouzilhac.]]

Ce que nous avons dit sur les questions précédentes par rapport au cas où il n'y a preuve de possession ni de part ni d'autre, nous paraît également applicable à celui dans lequel raisonne ici le commentateur que nous venons de citer. D'ailleurs, l'art. 2234 ne nous paraît avoir trait qu'aux contestations où il s'agit de prononcer une prescription relativement au droit de propriété, et non pas aux actions possessoires, où l'on n'envisage que la possession annale, sans considération des temps antérieurs. Au reste, lorsqu'il y a égalité de possession, qui pourrait-on qualifier de préférence comme possesseur actuel?

Nous concluons que l'examen des titres n'est permis que dans les deux cas que nous avons posés.

[[Sous les questions 111, 111 *ter* et 111 *quater*, nous avons développé la doctrine qui doit servir à apprécier ces dernières hypothèses.]]

Mais, dans le cas où une partie se bornerait à ne fournir qu'un titre afin de prouver sa possession, le juge ne pourrait admettre l'action possessoire, puisque la cause prendrait en ce cas le caractère pétitoire. (Cass., 12 avril 1813; *J. Av.*, t. 2, p. 434.)

[[Voir *suprà*, notre *Quest.* 101 *bis*, et nos observations sur la *Quest.* 102.]]

Art. 25. Le possessoire et le pétitoire ne seront jamais cumulés.

Ordonn. de 1667, tit. 18, art 5.—[Notre Dictionn. général de proc., v° *Action*, n° 66, *Action possessoire*, n°s 115, 119, 127, 130 à 132, 135, 136, 141, 144, 150, 153, 154, 155, 163 à 165; *Juge de paix*, n° 18, 14°; *Renvoi*, n° 120.—Devilleneuve, v° *Action possessoire*, n°s 83 à 90, 93 94, 101 à 110.—Arm. Dalloz, *eod.*, n°s 352 à 359, 362 à 381.—Carré, *Comp*, 2e part., liv. III, tit. 2, chap. 2, art. 317, § 2, 3e distinction, 4°; éd. in-8°, t. 6, p. 231 à 248.— Carré, *Justices de paix*, t. 2, p 456 à 491, n°s 1638 à 1667. — Questions traitées : Les jugements rendus au possessoire peuvent-ils avoir autorité sur la chose à juger au pétitoire? *Q.* 113.— Le juge qui déclare une action possessoire non-recevable cumule-t-il le possessoire et le pétitoire? *Q.* 114.—Celui qui est assigné au pétitoire, après avoir obtenu jugement au possessoire, peut-il être obligé de prouver autrement son droit à la propriété? *Q.* 115. — L'art. 25 se borne-t-il à défendre aux juges de joindre le pétitoire et le possessoire? *Q* 116. — Qu'est-ce que l'on doit décider en cas de confusion du pétitoire et du possessoire dans l'amende? *Q.* 116 *bis*. — Le principe qu'on ne peut cumuler le possessoire et le pétitoire admet-il des exceptions en certains cas? *Q.* 117.— N'y aurait-il pas lieu à admettre une exception au principe qui interdit le cumul des deux actions, lorsque l'action possessoire serait intentée contre le demandeur au pétitoire, qui, pendant le litige, se mettrait en possession de l'objet contentieux? Le juge du pétitoire ne pourrait-il pas, en cette circonstance, connaître du possessoire comme incident de la demande principale? *Q.* 117 *bis* — Si le juge de paix s'occupait du pétitoire dans les motifs de son jugement, en ne statuant néanmoins que sur le possessoire, ce cumul ne vicierait-il pas la décision? *Q.* 118.—Un juge de paix cumule-t-il le possessoire et le pétitoire, en ordonnant, à l'occasion et par suite de la première action

que des bornes seront plantées pour déterminer la ligne qui séparera deux héritages? *Q.* 119.—Lorsqu'il s'élève une question de propriété, le juge de paix est-il, par cela même, empêché de prononcer au possessoire? *Q.* 120.—Le recours en garantie a-t-il lieu dans les matières possessoires? *Q.* 121.—Un tiers qui prétend avoir la possession que se disputent deux parties peut-il agir contre l'une d'elles par action principale et directe au possessoire? *Q.* 122.—Le juge de paix cumule-t-il le possessoire et le pétitoire, lorsqu'il décide, dans un jugement sur une action possessoire, que le demandeur est en possession de temps immémorial? *Q* 123.—Y a-t-il cumul lorsque le juge de paix accueille l'action en complainte formée par une partie qui ne prouve pas une possession annale, et motive son jugement sur ce qu'elle justifie d'une possession ancienne ainsi que du droit de propriété et que la possession n'est qu'une émanation de ce droit? *Q.* 123 *bis*.—Y aurait-il cumul si le juge de paix refusait la maintenue au complaignant, en se fondant sur les dispositions des art. 644 et 645 du Code civ.? *Q* 123 *ter*.—Comment concilier cette décision avec les arrêts qui ont déclaré qu'il n'y a pas cumul, lorsque, sur un procès au pétitoire, le juge de paix prend en considération les dispositions des lois relatives au fond? *Q.* 123 *quater*.—Existe-t-il cumul du possessoire et du pétitoire dans un jugement possessoire qui fait défense à l'auteur du trouble d'exercer à l'avenir des actes semblables à ceux qui ont donné lieu contre lui à la complainte? *Q.* 124.—S'il arrivait qu'un propriétaire établit une clôture sur son terrain et que le voisin l'abattît, prétendant avoir sur le terrain un droit de servitude discontinue et non apparente, le juge de paix pourrait-il tarder à faire droit sur l'action en complainte du premier, jusqu'à ce que le tribunal compétent eût prononcé sur les prétentions du voisin à l'exercice de la servitude? *Q.* 125. — En matière d'action possessoire, l'enquête pourrait-elle porter sur des faits autres que ceux relatifs à la dépossession ou au trouble? quelle valeur doit-on attribuer aux dépositions qui excéderaient cette limite? *Q.* 126. —Quelle est l'influence de l'action correctionnelle intentée sur le droit de se pourvoir postérieurement au possessoire? *Q.* 126 *bis*.] (1)

XIX. La défense de cumuler le possessoire et le pétitoire est fondée sur l'ancienne maxime, *spoliatus antè omnia restituendus*, et elle a particulièrement pour but de fixer invariablement, par le jugement à rendre sur le possessoire, les qualités de *demandeur* et de *défendeur*, sous lesquelles chacune des parties devra plaider en cas de pourvoi au possessoire, et d'indiquer ainsi laquelle des deux sera soumise à faire la preuve de ses prétentions à la propriété, suivant la maxime *actori incumbit onus probandi*.

Add.—Il faut remarquer que la règle établie par l'art. 25 signifie non-seulement que le tribunal de paix, juge de la possession, ne peut prononcer sur la propriété, et que le tribunal civil d'arrondissement, juge de la propriété, ne peut prononcer sur la possession, mais encore que le possessoire et le pétitoire ne peuvent être soumis simultanément, l'un au juge de paix, l'autre au tribunal civil. (*V.* la *Quest.* 116, et en outre nos *Lois d'Organisation et de Compétence*, 2e part., liv. 3, tit. 2, chap. 2, 4°; édit. in-8, t. 6, p. 226.) **Carr.**

113. *Les jugements rendus au possessoire peuvent-ils avoir autorité sur la chose à juger au pétitoire?*

Non, et par conséquent des faits peuvent être déclarés faux par le juge du pétitoire, quoiqu'ils aient été déclarés vrais par le juge du possessoire. (Cass., 17 février 1809; *S.*, t. 9, p. 316.)

[[Cette décision repose sur le principe que l'exception de chose jugée n'a lieu que lorsque le litige porte sur le même objet; or, le pétitoire et le possessoire sont deux objets différents. (V. *suprà*, *Q.* 101 *bis*.)]] **Supp. alph.**, v° *Act. possess.*, n. 121.

114. *Le juge qui déclare une action possessoire non recevable cumule-t-il le possessoire et le pétitoire?*

Non, car c'est prononcer uniquement sur la première action, que de la déclarer non recevable, et de renvoyer en conséquence les parties se pourvoir *au pétitoire*. (Cass., 23 avril 1811; *S.*, t. 11, 1re part., p. 312, et *J. Av.*, t. 2, p. 414.)

---

(1) JURISPRUDENCE.

[Nous pensons que:

Dans une instance où l'on ne conteste ni la possession, ni la propriété, il ne peut y avoir cumul du possessoire et du pétitoire; Cass., 27 août 1827 (*J. Av.*, t. 34, p. 76.)]

[[Cette décision est approuvée, avec raison, par M. FAVARD DE LANGLADE, t. 1, p. 596, n° 5; mais, pour sa véritable intelligence, il faut consulter les principes posés sous la question 111. Si la contestation est pétitoire, le juge doit se déclarer incompétent; si elle est possesoire, il doit la juger; or, c'est bien véritablement la juger que de la déclarer irrecevable.]]

115. *Celui qui est assigné au pétitoire, après avoir obtenu jugement au possessoire, peut-il être obligé de prouver autrement son droit à la propriété?*

Non, parce qu'un jugement passé en force de chose jugée, et qui a déclaré une partie en possession annale de la propriété revendiquée, la dispense de rien prouver, suivant la règle, *melior est causa possidentis* (Rennes, 2e ch., 22 avril 1817; *J. Av.*, t. 2, p. 412). Elle n'a qu'à défendre contre les titres qui lui seraient opposés.

[[Ce principe incontestable a été encore consacré par la même Cour de Rennes, le 4 février 1811; par celle de Grenoble, le 20 janvier 1818 (*J. Av.*, t. 2, p. 442), et par celle de Metz, le 25 août 1843 (*J. av.*, t. 2, p. 442).]] **Supp., alph.**, n. 424.

116. *L'art.* **25** *se borne-t-il à défendre aux juges de joindre le pétitoire et le possessoire?*

Puisque nos lois actuelles ont attribué la connaissance du possessoire et du pétitoire à des juges différents, qui ne pourraient les joindre sans excès de pouvoir (*V.* loi du 24 août 1790, tit. 3, art. 9 et 10, et Code de procédure, art. 3), il est évident qu'en défendant de cumuler les deux actions, l'article entend exprimer, non-seulement qu'il est interdit aux juges de prononcer cette jonction d'office, mais encore qu'une partie ne peut ni saisir un juge de paix de l'une et de l'autre, tout à la fois, par une seule assignation, ni les intenter par des assignations séparées, l'une pour le possessoire, devant le juge de paix, l'autre pour le pétitoire, devant le tribunal de première instance; en un mot, l'art. 25 doit être entendu dans le même sens que les anciens auteurs ont expliqué l'art. 5 du tit. 18 de l'ordonnance. (PIGEAU, tom. 2, p. 477.)

[[Tel est aussi l'avis de MM. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 73; THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 91; BOITARD, t. 2, p. 468; GARNIER, p. 369; HENRION DE PANSEY, p. 467 et suiv. Cette règle n'est susceptible d'aucun doute; on la verra appliquée par la plupart des arrêts que nous aurons à citer sous cet article et les deux suivants.]]

Add. — 116 bis. *Qu'est-ce que l'on doit décider en cas de confusion du pétitoire et du possessoire dans la demande?*

Cette question suppose, soit que le demandeur aurait confondu l'un et l'autre, en concluant tout à la fois au maintien dans la possession et à ce qu'on le déclarât propriétaire, soit aussi qu'il eût motivé ses conclusions au possessoire sur des moyens tirés du fond.

M. AULANIER, p. 291, n° 258, décide avec raison que, dans ces deux hypothèses, le demandeur peut rectifier son action avant le jugement en en restreignant l'objet au possessoire, et les moyens à des motifs uniquement tirés de la possession annale. Le juge pourrait aussi prononcer la disjonction d'office, en se bornant à des considérations tirées de la possession annale. L'auteur invoque, à cet égard, un arrêt de la Cour de cassation, du 1er mai 1819 dont il rapporte l'espèce, et que l'on trouve dans *S.*, t. 19, p. 341, et au *J. Av.*, t. 2, p. 480. **Carr.**

[[C'est aussi l'opinion de M. CAROU, p. 712, n° 553, et non-seulement le juge peut prononcer cette disjonction, mais il le doit, et, s'il croit devoir renvoyer au pétitoire pour certains chefs de la demande, il ne peut se dispenser de prononcer son jugement sur ceux qui sont purement possessoires. Ainsi l'a jugé la Cour de cassation, le 30 janv. 1837, *J. Av.*, t. 53, p. 480, et *J. P.*, t. 2 de 1837, p. 284.]]

117. *Le principe qu'on ne peut cumuler le possessoire et le pétitoire admet-il des exceptions en certains cas?*

Nous ne posons cette question qu'afin de faire observer que l'art. 25, en prononçant que la cumulation ne peut *jamais* avoir lieu, écarte les distinctions que certains auteurs avaient faites sur l'art. 5 de l'ordonnance. *V.* RODIER sur cet article, et le *Dict. de Jurisprudence de du Rousseau de la Combe*, v° *Complainte*, p. 118, n° 4.)

[[C'est l'avis de tous les auteurs. L'art. 25 est trop formel pour fournir le prétexte d'aucune interprétation.]]

Add.—117 bis. *N'y aurait-il pas lieu à admettre une exception au principe qui interdit le cumul des deux actions, lorsque l'action possessoire serait intentée contre le demandeur au pétitoire, qui, pendant le litige, se mettrait en possession de l'objet contentieux? le juge du pétitoire ne pourrait-il, en cette circonstance, connaître du possessoire comme incident de la demande principale?*

Nous avons, contrairement à l'opinion de M. HENRION DE PANSEY, résolu cette question pour la négative, dans nos *Lois de la Compétence*, éd. in-8°, t. 6, p. 231, *Quest.* 437. attendu que la juridiction des juges de paix est, pour les cas possessoires, spéciale et exclusive, à raison de la matière: d'où suit qu'on ne peut, en aucun cas, en attribuer la connaissance à un autre tribunal, sans soustraire les parties à leur juge naturel, et les priver d'un degré de juridiction. **Carr.**

[[V., *suprà*, la *Quest.* 108, et *infrà*, la *Quest.* 128.]]

118. *Si le juge de paix s'occupait du pétitoire dans les motifs de son jugement, en ne statuant néanmoins que sur le possessoire, ce cumul ne vicierait-il pas sa décision?*

Par arrêt du 18 mai 1813, la Cour de cassation a décidé cette question pour la négative (*S.*, t. 13, 1re part., p. 335, et *J. Av.*, t. 2, p. 438). Mais il résulte des considérants de cet arrêt, que cette proposition ne serait fondée qu'autant que le juge ne se serait déterminé que par le fait de la *possession*, et non par la considération tirée du droit de propriété.

[[A l'appui de cette proposition, qui rentre parfaitement dans le système de notre *Quest.* 101 *bis*, nous pouvons citer quatre arrêts identiques, des 24 juin 1828 (*J. Av.*, t. 35, p. 291), 20 mai 1829 (*S.*, 1829. 1re part., p. 281), 28 juin 1830 (DALLOZ, 1830, 1re part., p. 369), et 5 déc. 1836 (*J. Av.*, t. 52, p. 380, et *J. P.*, t. 1 de 1837, p. 39). On peut voir aussi, comme offrant de l'analogie, les arrêts de la Cour de cassation du 23 nov. 1836 (*J. P.*, t. 1 de 1837, p. 285), et de la Cour de Bruxelles, 31 déc. 1816 (*Journ.* de cette Cour, t. 1 de 1816, p. 107). V. la *Quest.* 123.]] **Supp. alph.**, v° *Act. possess.*, n. 84 et 85.

119. *Un juge de paix cumule-t-il le possessoire et le pétitoire, en ordonnant, à l'occasion et par suite de la première action, que des bornes seront placées pour déterminer la ligne qui séparera deux héritages?*

Résolu négativement, par arrêt de la Cour de cassation, du 27 avril 1814 (*S.*, t. 14, 1re part., p. 291, et *J. Av.*, t. 2, p. 454).

Add.— La même Cour a rendu un second arrêt dans le même sens, le 26 janv. 1825 (*J. Av.*, t. 29, p. 117).

L'examen des espèces dans lesquelles ces décisions ont été rendues va nous fournir matière à des observations importantes, relativement à la compétence en matière de bornage, sur laquelle les auteurs et la jurisprudence sont loin d'être d'accord.

Le doute sur cette question, résolue pour l'affirmative par le premier arrêt, pouvait naître, comme le fait observer M. Coffinières, *J. Av.*, t. 2, p. 454, de ce que, aux termes de l'art. 3 du Code de procédure, le juge de paix ne peut connaître que des *déplacements* de bornes, ce qui semble supposer que sa compétence cesse lorsqu'il s'agit de placer, pour la première fois, entre deux propriétés contiguës, des bornes qui n'y ont jamais existé.

Cependant, poursuit l'auteur, si l'on observe que le but de l'institution des justices de paix a été principalement de placer, auprès des habitants des campagnes, une juridiction paternelle qui les dispensât de porter leurs réclamations devant les tribunaux ordinaires, on ne peut que se féliciter de ce que la jurisprudence accorde, dans ce cas, quelque extension aux attributions des juges de paix.

Ainsi, M. Coffinières a pensé que l'arrêt précité reconnaît compétence au juge de paix pour statuer, incidemment du moins, sur l'action de bornage, attendu qu'il déclare, dans ses considérants, que le juge de paix étant compétent pour connaître de toute action possessoire, et notamment de toutes usurpations de terre, de déplacements de bornes, commis dans l'année, l'est par conséquent pour connaître de l'action en plantation de bornes.

On pourrait même conclure de ces expressions qu'il résulterait de ce que le juge de paix est compétent pour statuer sur l'action possessoire formée pour déplacement de bornes, qu'il serait compétemment saisi d'une action principale en bornage. Ce serait une erreur. Le juge de paix, d'après les motifs de la solution que nous avons donnée à la question 396 de notre *Traité de la compétence*, peut, suivant l'opinion généralement admise par les auteurs, valablement connaître de l'action en bornage formée, soit par voie principale, soit incidemment à une action possessoire; mais ce n'est qu'en ce sens que le jugement rendu dans ce dernier cas, et par lequel il ordonnerait une plantation de bornes, ne pourra fonder l'exception de chose jugée contre l'action de bornage que la partie intenterait ensuite comme action réelle.

Mais comment concilier cette assertion avec l'arrêt qui nous occupe? Il suffit de faire attention à l'espèce sur laquelle il est intervenu, pour se convaincre que dans ce cas la position des bornes n'est ordonnée que comme moyen d'exécution de l'action possessoire; que conséquemment elle laisse intact le droit des parties au fond, d'où la conséquence qu'une pareille décision ne présente point le vice de cumul du pétitoire et du possessoire. C'est ainsi, du moins, qu'il faut interpréter les expressions peu claires de l'arrêt dont il s'agit; autrement, il renfermerait ce vice de cumulation, et serait justement sujet à critique.

L'arrêt ci-dessus cité, du 26 janvier 1825, consacre plus explicitement ce principe, que la plantation des bornes n'a aucune influence sur le droit de propriété: il juge en effet que si, dans l'espèce sur laquelle il a été rendu, le

juge de paix avait autorisé cette apposition des bornes pour prévenir de nouvelles entreprises, de nouveaux troubles, il avait bien eu l'intention de déclarer que ces bornes, destinées à tenir lieu des cépées coupées par les ordres du demandeur, ne pourraient nuire à l'exercice de l'action pétitoire, si on voulait l'intenter: d'où la conséquence, comme dans l'espèce de l'arrêt de 1814, qu'il n'avait point cumulé les deux actions. **Carr.**

[[Cette interprétation des deux arrêts est parfaitement juste, et très propre à en faire sentir le fondement; un troisième arrêt de la Cour de cassation, du 9 août 1830 (*J. Av.*, t. 40, p. 114), a encore décidé qu'il n'y a pas cumul de la part du juge de paix qui, en prescrivant la maintenue possessoire d'un terrain litigieux, désigne le point duquel la possession s'étendra. Enfin, c'est en vertu du même principe que la même Cour a jugé, le 9 août 1836 (*J. P.*, t. 1 de 1837, p. 116), que ce n'est point cumuler le possessoire avec le pétitoire, que de dire que la jouissance des eaux d'un ruisseau appartient exclusivement à l'une des parties pendant la belle saison, et que durant le reste de l'année elle est commune aux parties. Ce n'est là, en effet, que reconnaître et déclarer l'état et la nature de la possession.]] **Supp. alph.**, v° *Act. possess*, n. 76 et suiv.

120. *Lorsqu'il s'élève une question de propriété, le juge de paix est-il, par cela même, empêché de prononcer au possessoire?*

Non, pourvu qu'il ne s'immisce en rien dans la décision de cette question de propriété (Cass., 23 février 1814; *S.*, t. 14, 1re part., p. 199, et *J. Av.*, t. 2, p. 448).

[[Il ne dépend pas en effet du défendeur de se soustraire à la compétence du juge de paix en usant, dans l'instance au possessoire, d'une exception qui se rattache au pétitoire. Cette doctrine a été encore appliquée par la Cour suprême, le 13 juin 1814 (*J. Av.*, t. 2, p. 457); 10 juin 1816 et 9 février 1820 (*J. Av.*, t. 2, p. 448), et 20 juillet 1836 (*J. Av.*, t. 51, p. 604). Elle est adoptée par MM. FAVARD DE LANGLADE, t. 1, p. 599, n° 2, et GUICHARD, *Quest. poss.*, p. 400. Le juge du possessoire doit donc statuer, encore que le défendeur use d'une exception pétitoire, mais sans apprécier celle-ci; car, s'il l'appréciait, il commettrait un véritable cumul. Il doit considérer seulement qu'elle n'a pas trait à la contestation. Voir sur ce dernier point la *Quest.* 123 *ter*, et surtout notre *Quest.* 101 *bis*, où sont développés les principes dont toutes les solutions données sur cet article ne sont que des conséquences.]]

121. *Le recours en garantie a-t-il lieu dans les matières possessoires?*

A cet égard, la loi générale est qu'en complainte possessoire, il n'y a point de recours en garantie, parce qu'il ne s'agit point du fond du droit, mais d'un fait dont la garantie ne peut être due, même par celui qui serait garant du fond du droit. Mais, dit M. Henrion de Pansey, p. 366, deux exceptions modifient cette règle: l'une en faveur du fermier, qui non seulement peut, mais doit mettre en cause le propriétaire; l'autre en faveur de l'acquéreur.

DUPARC POULLAIN, t. 8, p. 91, établit ainsi deux cas: le premier, lorsque, l'acquéreur formant l'action possessoire, le défendeur oppose le vice de la possession commencée par le vendeur, ou le peu de durée de sa possession. L'acquéreur, ajoute l'auteur, est présumé avoir compté sur la possession de son vendeur, sauf la preuve contraire. Le second, lorsque l'action possessoire est formée contre l'acquéreur, pour le trouble ou la voie de fait du vendeur.

On doit encore aujourd'hui suivre ces décisions, d'après un arrêt de cassation du 11 janvier 1809, qui admet l'action en garantie dans une instance

de réintégrande, et qui déclare le juge de paix compétent pour en connaître (*S*, t. 9, 1re part., p. 95; *J. Av.*, t. 14, p. 430, et *J. P.*, 3e éd., t. 7, p. 309).

[[Il faut remarquer que, bien que les actions possessoires soient fondées sur un fait, comme il peut arriver qu'un tiers ait succédé dans ce fait à celui qui en avait été principalement l'auteur, ce tiers a le droit de recourir contre celui qu'il a remplacé; c'est sur cette observation que sont fondées les deux exceptions justement signalées par M. Carré (*V.* d'ailleurs les *Quest.* traitées sous l'art. 32).]]

122. *Un tiers qui prétend avoir la possession que se disputent deux parties peut-il agir contre l'une d'elles par action principale et directe au possessoire?*

Non; il doit intervenir par opposition, et non pas agir par complainte: c'est du moins une conséquence de l'ancienne maxime attestée par Imbert et M. Henrion, pag. 430, *complainte sur complainte ne vaut.* (*Berriat*, p. 116, not. 4.)

[[C'est aussi ce qu'enseigne M. FAVARD DE LANGLADE, t. 1, p. 604, n° 9. Mais M. PIGEAU, avec grande raison, selon nous, *Comm.*, t. 1, p. 60, ne partage pas leur opinion; le brocard cité par Imbert ne lui paraît fondé sur rien.]]

123. *Le juge de paix cumule-t-il le possessoire et le pétitoire, lorsqu'il décide, dans un jugement sur une action possessoire, que le demandeur est en possession de temps immémorial?*

M. Paillet, dans son *Manuel*, p. 142, cite un arrêt de cassation, du 12 février 1812, qui décide l'affirmative. En effet, déclarer que les demandeurs sont en possession de la chose de temps immémorial, c'est implicitement décider qu'ils sont propriétaires, puisqu'une possession de cette nature opère la prescription de la propriété en leur faveur.

[[Mais la possession immémoriale non interrompue ne comprend-elle pas la possession annale? Et qu'importe que le juge de paix ait apprécié l'une et l'autre cumulativement dans les motifs de sa décision, s'il n'a en définitive statué que sur le possessoire, sans préjuger, dans son dispositif, la question de propriété? (Voir *suprà*, la *Quest.* 118). Un arrêt de la Cour de cassation, du 15 juillet 1829 (*J. Av.*, t. 38, p. 25), semble confirmer la jurisprudence attestée par M. Paillet. Mais il faut remarquer que, dans cette espèce, c'est le dispositif qui s'occupait du pétitoire, puisque le juge avait déclaré maintenir le demandeur, conformément à ses conclusions, dans sa possession annale et immémoriale. Voir ce que nous disons d'analogue sous les *Quest.* 118 et 126, et surtout la théorie générale développée sous la *Quest.* 101 *bis*.]] **Supp. alph.**, n. 79 et s.

Add.—123 bis. *Y a-t-il cumul lorsque le juge de paix accueille l'action en complainte formée par une partie qui ne prouve pas une possession annale, et motive son jugement sur ce qu'elle justifie d'une possession ancienne, ainsi que du droit de propriété, et que la possession n'est qu'une émanation de ce droit?*

Oui : car, le juge de paix ne pouvant accorder la maintenue qu'autant que le demandeur justifie d'une possession annale, il s'ensuit que, s'il adjuge la possession à celui-ci par des considérations tirées du droit de propriété, il statue implicitement sur ce droit, tandis qu'il devait débouter le demandeur.

C'est ce qui a été jugé par l'arrêt de la Cour de cassation du 6 avril 1824 (*J. Av.*, t. 26, p. 201). **Carr.**

[[Cet arrêt n'est que l'application des principes les plus élémentaires ; il suffit de le rappeler.]]

Add.—123 ter. *Y aurait-il cumul si le juge de paix refusait la maintenue au complaignant, en se fondant sur les dispositions des articles 644 et 645 du Code civil?*

Oui, car ces dispositions règlent les droits respectifs des propriétaires voisins de cours d'eau ; et par conséquent, fonder sur elles une fin de non-recevoir contre l'action en complainte, c'est prononcer sur une question de propriété. **Carr.**

[[C'est ce qu'a formellement décidé la Cour de cassation, par arrêt du 20 avril 1824 (*J. Av.*, t. 37, p. 207). Il ne pouvait y avoir de doute sur la question (Voir notre *Question* 101 *bis.*)

Il en est de même si le juge de paix repousse la complainte en se fondant sur ce que le trouble est justifié par le droit de jouissance qu'un usage local accorde à son auteur sur le terrain du complaignant ; il juge alors le pétitoire, il cumule, et son jugement doit être annulé. C'est ainsi que l'a jugé la Cour de cassation de Bruxelles, le 8 juillet 1819 (*J.* de cette Cour, t. 1 de 1819, p. 119).

Par une raison semblable, lorsque le juge du possessoire, avant de statuer sur le trouble apporté à un certain mode de jouissance, par exemple, au droit de faire écouler les eaux d'une propriété par le lit d'une rivière, examine l'offre faite par l'auteur du trouble qui a comblé le lit en question, de creuser un canal ailleurs pour faire écouler les eaux d'une autre manière, il s'immisce dans une question de propriété qui n'est pas de sa compétence. Il ne s'agissait pour lui que de savoir de quelle manière l'écoulement des eaux avait eu lieu jusque-là ; il ne lui appartenait pas de juger de l'opportunité de l'offre et d'y faire consentir le complaignant ; c'était reconnaître le droit que le défendeur prétendait avoir de changer la disposition des lieux, et le mode d'exercice de la servitude. La Cour de cassation a rendu un arrêt dans ce sens, le 6 avril 1831 (*J. Av.*, t. 41, p. 479). *V.* aussi la *Quest.* 120.]] **Supp. alph.**, *Act. poss.*, n. 81.

Add.—123 quater. *Comment concilier cette décision avec les arrêts qui ont déclaré qu'il n'y a pas cumul, lorsque, sur un procès au pétitoire, le juge de paix prend en considération les dispositions des lois relatives au fond?*

Il existe en effet deux arrêts ; l'un du 1er mars 1815 (*J. Av.*, t. 2, p. 466), qui décide qu'il n'y a pas cumul, lorsqu'il s'agit d'un cours d'eau qui fait mouvoir une usine, et que la possession annale du demandeur non fondé en titres est considérée dans le jugement comme une suite du droit commun ou des dispositions de la loi ; l'autre du 26 janvier 1825 (*J. Av.*, t. 29, p. 117), qui statue de la même manière dans le cas où le juge a consulté les titres du plaignant, et a eu égard à une loi qui dispose en général sur la propriété de l'espèce de terrain en litige, pourvu cependant qu'il ne l'ait fait que pour apprécier le caractère de la possession réclamée.

Pour se convaincre que ces deux arrêts ne sont point opposés à celui cité sur la question précédente, il suffit de remarquer avec M. AULANIER, p. 31, n° 275, qu'ils ont été rendus dans des affaires où le juge de paix s'était étayé de la loi, pour fixer la nature de la possession et non pour statuer sur le fond du droit, **Carr.**, [[c'est-à-dire, pour s'assurer si la possession était légale ou précaire. Voir la *Quest.* 101 *bis.*]]

124. *Existe-t-il cumul du possessoire et du pétitoire dans un jugement possessoire qui fait défense à l'auteur du trouble d'exercer à l'avenir des actes semblables à ceux qui ont donné lieu contre lui à la complainte?*

Nous ne le pensons pas : la défense dont il s'agit est une condamnation essentiellement provisoire; elle est une conséquence immédiate de la décision qui maintient le demandeur en possession ; et, puisqu'elle ne peut être opposée sur l'action que le défendeur pourrait former ensuite au pétitoire, sur lequel elle ne préjuge rien, on ne peut reprocher au jugement une contravention à la disposition de l'art. 25.

[[Nous adoptons cette solution.]]

125. *S'il arrivait qu'un propriétaire établit une clôture sur son terrain, et que le voisin l'abattit, prétendant avoir sur ce terrain un droit de servitude discontinue et non apparente, le juge de paix pourrait-il tarder à faire droit sur l'action en complainte du premier, jusqu'à ce que le tribunal compétent eût prononcé sur les prétentions du voisin à l'exercice de la servitude?*

Dans cette espèce, la voie de fait résultant de la destruction de la clôture est évidemment un trouble apporté à la possession du voisin, qui, ayant pour lui une présomption de propriété libre et entière, a été le maître de faire sur son terrain ce qu'il a jugé convenable.

La complainte formée par lui, à l'effet d'être maintenu dans cette libre possession est donc bien fondée, et le juge de paix, en prononçant sur cette action possessoire, doit ordonner, comme un accessoire nécessaire et naturel, que la voie de fait sera réparée, au moyen du rétablissement des choses dans l'état où elles étaient.

Si, par application de la maxime, *nul n'attente qui use de son droit*, il juge que la voie de fait ne peut être réparée qu'autant qu'il serait déclaré, par le tribunal compétent, que l'auteur du trouble n'a aucun droit à la servitude qu'il se prétend fondé à exercer; si, en conséquence, il renvoie devant ce tribunal afin de prononcer sur ce point, et qu'il tarde ainsi de faire droit sur la complainte jusqu'au jugement à intervenir, il commet évidemment deux erreurs :

La première, en ce qu'il envisage la réparation de la voie de fait comme action unique et principale, tandis qu'elle n'est que l'accessoire de la complainte qu'il doit admettre ou rejeter, pour ordonner, dans le premier cas, le rétablissement des choses dans l'état où elles étaient avant la voie de fait, et, dans le second, leur maintien dans celui où le défendeur les avait placées en abattant les clôtures.

La seconde, en faisant dépendre la décision à rendre sur l'action possessoire, qui doit être jugée définitivement avant tout, d'un jugement à intervenir sur le pétitoire.

En effet, aucune question qui puisse avoir trait au pétitoire ou au fond du droit de propriété ne peut être préjudicielle à la décision d'une question purement possessoire, qui, on le répète, doit être jugée préalablement et indépendamment du pétitoire.

Si la loi défend de cumuler le possessoire et le pétitoire, de joindre l'une et l'autre action, à plus forte raison défend-elle de subordonner une décision à rendre au possessoire à une décision sur le pétitoire.

[[Cette solution, que donne aussi M. CAROU, p. 412, n° 309, est conforme aux principes de la matière, dans le cas où celui qui prétend à la servitude n'en rapporte point de titre. Mais si un titre constitutif de cette servitude est représenté, et qu'il soit appuyé de la possession annale du porteur, c'est alors

la clôture élevée par le propriétaire du terrain, qui est une véritable voie de fait, parce qu'elle trouble une possession légale et non précaire de la servitude. (*V.* notre *Quest.* 101 *bis.*)]]

126 *En matière d'action possessoire, l'enquête pourrait-elle porter sur des faits autres que ceux relatifs à la dépossession ou au trouble?*

[[*Quelle valeur doit-on attribuer aux dépositions qui excèderaient cette limite?*]]

Ordonner qu'avant faire droit il sera prouvé, par le défendeur, que le demandeur n'est pas propriétaire, et qu'il n'exerce qu'un droit d'usage, c'est tout à la fois violer l'art. 24, qui veut que l'enquête ne puisse porter sur le fond du droit, et cumuler le possessoire et le pétitoire (Cass., 18 juin 1816; *S.*, 1817, 1re part., p. 11; et *J. Av.*, t. 2, p. 470). (*Voir* la note mise au bas du Comm. XVIII.)

[[Cette solution, qui résulte évidemment du texte de l'art. 24, est enseignée par MM. FAVARD DE LANGLADE, t. 1, p. 600, n° 3; GUICHARD, p. 299 et 300; GARNIER, p. 377; BOITARD, t. 2, p. 465; THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 90.

Il ne s'ensuit pas néanmoins, comme le fait remarquer M. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 72, que le juge du possessoire ne puisse accueillir les dépositions qui prouveraient une possession trentenaire, si la possession annale y est comprise, mais il ne doit statuer que sur l'existence et les effets de cette dernière. (*V.* la *Quest.* 123.)

Les témoins qui ont fait ces dépositions pourraient-ils être entendus plus tard dans l'instance au pétitoire?

Non, peut-on dire, parce qu'ils doivent être assimilés à ceux qui ont donné d'avance des certificats sur les faits de la cause.

Mais M. PIGEAU, *loco citato*, répond que ces dépositions ne peuvent être considérées comme des certificats de complaisance, puisqu'elles ont été faites en justice, sur des points à la vérité inutiles à la question qui s'agitait, mais néanmoins assez naturellement liés avec elle, pour qu'il n'y ait rien de suspect. D'ailleurs les dépositions faites au possessoire pourraient elles-mêmes servir d'élément pour juger le pétitoire. (*V. Q.* 975 *quater.*)]] **Supp. alph.**, n. 57.

ART. 26. Le demandeur au pétitoire ne sera plus recevable à agir au possessoire.

[Notre Comm. du Tarif, t. 1, p. 20, n° 3.—Notre Dict. gén. de Proc., v° *Action possessoire*, n°s 94, 105 156 à 158; *Preuve*, numéro unique; *Renvoi*, n° 120.—Arm. Dalloz, v° *Action possessoire*, n°s 382 à 395. — Devilleneuve, v° *Pétitoire*, n°s 1 à 3. — Carré, *Comp.*, 2e part, liv. III, tit. 2, chap. 2, art. 317, 4°; éd. in-8°, t. 6, p. 226. — Carré, *Justice de paix*, t. 2, p. 460 à 463, n°s 1643 à 1645. — QUESTIONS TRAITÉES: Le demandeur au pétitoire pourrait-il, nonobstant l'art. 26, se désister de sa demande et poursuivre au possessoire, si le défendeur n'avait pas acquiescé à la demande, ou s'il n'était pas intervenu un jugement de condamnation? *Q.* 127. — Celui qui a assigné en conciliation sur une demande au pétitoire, est-il, par cela seul, irrecevable à agir au possessoire? *Q.* 127 *bis.* — Le défendeur au pétitoire est-il recevable à agir au possessoire? Le demandeur le serait-il pour trouble postérieur à l'introduction de son instance au pétitoire? Devant quelle juridiction devrait, dans ce cas, être portée l'action de l'un ou de l'autre? *Q* 128.]

XX. On tient pour principe incontestable que celui qui se pourvoit au pétitoire est de droit présumé avoir renoncé aux droits qu'il eût pu faire valoir au possessoire, et reconnu la possession de celui contre lequel il revendique la chose qui est l'objet de son action (1). Dès lors, il a fixé les qualités des

(1) Ce principe a été consacré par une jurisprudence constante, et ne présente, au reste, qu'une application des lois romaines, comme on peut s'en convaincre, en lisant la loi 24. tit. 32. ff. *de Rei vindicatione*

parties, en prenant pour lui-même la moins avantageuse, celle qui lui impose comme le dit Pothier (*de la Propriété*, nº 307), « la charge de prouver son « droit de propriété dans cette chose, tandis que le possesseur n'a rien à prou- « ver de son côté, et est toujours présumé et réputé propriétaire, jusqu'à ce « que le demandeur ait pleinement prouvé et établi son droit de propriétaire. » C'en est assez pour qu'il ne puisse revenir contre la qualité qu'il a prise; et remettre en question ce qu'il a décidé par son propre fait.

[[Ce principe doit être pourtant renfermé dans de certaines limites, que nous tracerons en examinant la *Quest.* 128.]]

Tel est le motif de la disposition de l'art. 26, laquelle suppose évidemment une action pétitoire intentée, mais non jugée, puisqu'il serait absurde qu'une partie voulût disputer sur la possession après jugement sur la question de propriété. *Add.* **Supp. alph.**, vº *Act. possess.*, n. 89 et s.

127. *Le demandeur au pétitoire pourrait-il, nonobstant l'art.* 26, *se désister de sa demande et poursuivre au possessoire, si le défendeur n'avait pas acquiescé à la demande, ou s'il n'était pas intervenu un jugement de condamnation?*

Dans ces deux cas, dit M. PIGEAU, *Proc. civ.*, vº *Pétitoire*, § 1, art. 1, nº 4, comme le contrat judiciaire ne serait pas formé, le demandeur pourrait se désister de sa demande au pétitoire, et revenir à l'action possessoire. C'est, suivant cet auteur, une induction que l'on peut tirer de l'art. 1211 du Code civil.

M. DEMIAU-CROUZILHAC, p. 35, motive une opinion contraire sur ce que l'option du pétitoire opère un effet exclusif du possessoire.

Quant à la possession, elle demeure subordonnée au résultat du jugement qui sera rendu sur le droit de propriété. Il n'est pas possible, ajoute cet auteur, de se méprendre sur les dispositions de la loi à cet égard.

Nous croyons aussi que cette décision résulte du texte même de l'article : *Le demandeur n'est plus recevable.* Donc, une fois la demande formée, le droit de se pourvoir au possessoire a *cessé* pour lui; c'est au fait seul de sa demande que la loi attache la présomption qu'il a reconnu la possesion du défendeur; présomption d'où dérive la défense qu'elle lui fait de former désormais l'action possessoire. Ce texte nous paraît trop formel pour que l'on puisse tirer, dans les deux cas que suppose M. Pigeau, une induction de la dernière disposition de l'art. 1211. Cette disposition, qui ne concerne que la demande formée contre un codébiteur, n'établit point une règle générale qui puisse être appliquée à d'autres cas.

Add. — M. Chauveau Adolphe (*J. Av.*, t. 2, p. 533) pose cette question dans les propres termes dont nous nous sommes servis, et il la résout comme il suit dans un sens inverse.

« Il nous semble qu'en recherchant bien le motif du législateur, il est facile de répondre à l'argument de M. Carré. En effet, pourquoi le demandeur au pétitoire ne peut-il plus intenter l'action possessoire? ce n'est pas parce qu'il a reconnu la possession, mais parce qu'il est censé l'avoir reconnue. Or, s'il rétracte en temps utile l'acte duquel seul on peut induire la présomption d'un abandon du droit à la possession, sur quoi basera-t-on la fin de non-recevoir qui lui sera opposée au possessoire?

« Pourquoi prend-on la voie du pétitoire? c'est parce que réellement on craint de succomber au possessoire, et qu'on reconnaît que son adversaire a joui pendant un an et un jour; mais si on avait été induit en erreur, et si l'on découvre qu'il est facile de prouver une usurpation récente, quel pourrait être alors le motif de la loi d'empêcher le propriétaire de prendre une voie

moins coûteuse et plus simple? Nous n'en voyons pas, et cette raison suffit, selon nous, pour démontrer que le législateur n'a pu prononcer une déchéance exceptionnelle aussi forte. »

Il est permis de penser que le législateur eût peut-être bien fait d'avoir égard à toutes ces considérations, mais certes il serait difficile, en recherchant le motif de la disposition très expresse de l'art. 26, de prouver qu'elles soient entrées dans l'esprit de la loi. Elle exprime le contraire en termes trop précis; *le demandeur au pétitoire ne sera plus recevable à agir au possessoire.* Donc, l'action une fois formée au pétitoire, le retour au possessoire devient impossible, et pourquoi? par la raison qu'en donne M. Aulanier, p. 298, n° 262, en combattant après nous l'opinion de M. Pigeau. « Quand cette opinion, dit-il, ne serait pas incompatible avec le texte de l'art. 26, elle serait dénuée de fondement, parce qu'il est de principe qu'une assignation donnée au pétitoire emporte virtuellement reconnaissance de la possession annale au profit du défendeur, ou du moins renonciation irrévocable à se prévaloir de cette possession. »

Il est vrai que M. Chauveau conteste ce principe que nous pourrions appuyer sur une foule d'arrêts. [[Nous ne le contestons que relativement; *V.* nos observations finales et notre *Quest.* 128.]] La disposition de l'art. 26 ne serait pas, suivant lui, une conséquence de ce que le demandeur au pétitoire aurait reconnu la possession, mais de ce qu'il est *censé* l'avoir reconnue. Il convient donc que la loi attache une présomption de reconnaissance de la possession du demandeur au seul fait de la demande formée contre lui au pétitoire. Or, on ne peut, en aucune manière, se soustraire aux effets d'une présomption légale qui, de sa nature, a toute la force d'un acte formel, qui serait émané de la personne contre laquelle cette présomption est établie. Cette raison nous semble suffisante pour nous autoriser à persister dans notre opinion, ce que nous faisons avec d'autant plus de confiance qu'elle est aussi celle de M. PONCET, *Traité des actions*, p. 139, et de M. LEPAGE, *Nouveau Style*, p. 29. **Carr.**

[[Nous devons avouer qu'elle est aussi partagée par MM. THOMINE DESMAZURES. t. 1, p. 92; CAROU, p. 777, n° 591, et BOITARD, t. 2, p. 469.

Mais, puisque M. Carré lui-même reconnaît que le législateur eût bien fait d'avoir égard aux considérations que nous avons exposées, et que rien, dans la loi, d'assez précis, ne nous démontre qu'il ait voulu les laisser de côté, nous persisterons dans notre opinion, qui s'appuie au reste de l'autorité de M. FAVARD DE LANGLADE. Cet auteur, après avoir exprimé un avis conforme au nôtre, ajoute, t. 1, v° *Complainte*, p. 601, n° 5 : « On ne peut objecter qu'en prenant la voie pétitoire, le demandeur a reconnu la possession annale du défendeur; car ce serait dire qu'après son désistement, il est privé d'un droit qu'il avait avant la demande, ce que la loi ne permet pas de supposer, puisqu'elle dit que les choses sont remises au même état qu'auparavant, art. 403, Cod. proc. civ. »

A la vérité, la voie du possessoire demeurera fermée au demandeur au pétitoire, si son désistement n'est pas accepté, conformément à l'art. 402, parce qu'autrement les deux instances subsisteraient en même temps, et qu'elles ne peuvent être cumulées. Telle est la restriction que, dans son *Comm.*, t. 1, p. 78, M. Pigeau a apportée à son opinion primitive.

Cette restriction, que nous partageons complétement, fait pour ainsi dire disparaître l'intérêt de cette question; car il est bien évident que le défendeur n'acceptera un désistement, qui le priverait du droit précieux de conserver la possession, qu'autant que ce désistement tendrait à lui faire acquérir une prescription trentenaire.]] **Supp.**, p. 28.

[[**127 bis.** *Celui qui a assigné en conciliation sur une demande au pétitoire, est-il, par cela seul, irrecevable à agir au possessoire?*

Non : car il n'y a que l'exploit d'ajournement qui constitue demandeur celui à la requête duquel il est signifié. Ainsi celui qui, après avoir assigné en conciliation, se désiste de son assignation, ou même celui qui épuise le préliminaire de conciliation, mais qui n'y donne pas de suite, peut se pourvoir postérieurement au possessoire. La raison en est que l'essai de conciliation ne produit aucun effet s'il n'est pas suivi d'ajournement dans le délai d'un mois, que d'ailleurs on a pu espérer d'amener son adversaire à renoncer, devant le bureau de paix, aux prétentions en vertu desquelles il possède, que l'emploi de ces voies conciliatrices ne peut être regardé comme une faute, et faire perdre le droit à celui qui les a mises en usage.

Telle est l'opinion de MM. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 77 et 78, et CAROU, p. 781 n° 593. *V.* la *Quest.* 127.]]

128. *Le défendeur au pétitoire est-il recevable à agir au possessoire?*

[[*Le demandeur le serait-il pour trouble postérieur à l'introduction de son instance au pétitoire? Devant quelle juridiction devrait, dans ce cas, être portée l'action de l'un ou de l'autre?*]]

Nous avons vu que le demandeur au pétitoire n'est plus recevable à plaider au possessoire, parce qu'en formant cette action il reconnaît la possession du défendeur. On pourrait penser qu'il résulte de là que le défendeur au pétitoire serait aussi, par défaut d'intérêt, non recevable à former l'action possessoire. Cependant DUPARC-POULLAIN, au t. 10 de ses *Principes*, p. 696, n° 14, dit expressément que, si celui qui a troublé la possession prévenait l'action de *complainte* ou *réintégrande* par une action au pétitoire, cela n'empêcherait pas l'action au possessoire, qui arrêterait nécessairement la poursuite au pétitoire.

Cette opinion a pour appui la maxime *spoliatus ante omnia restituendus*, et l'art. 26 lui-même, qui, en déclarant le demandeur seul recevable à agir au possessoire, suppose au défendeur le droit de former cette dernière action.

L'objection tirée de ce que cette partie serait sans intérêt, ne nous paraît pas devoir l'emporter sur l'argument que nous tirons de cet article, qui ne garde le silence sur le défendeur que par la faveur spéciale que la loi accorde à l'action possessoire d'être, en tous les cas où il n'y a ni renonciation expresse ni renonciation tacite, jugée avant l'action pétitoire. Au reste, serait-il bien exact de dire que le défendeur au pétitoire fût absolument sans intérêt à se pourvoir au possessoire? N'a-t-il pas au moins ses dommages-intérêts à réclamer, à raison du trouble ou de la dépossession? et ses dommages-intérêts ne pouvant être accordés que par suite de l'action possessoire qui ne peut être portée que devant le juge de paix, ne serait-il pas injuste qu'il dépendît du demandeur au pétitoire de lui enlever l'exercice de ce droit?

Mais, dira-t-on, si le défendeur au pétitoire peut intenter l'action au possessoire, il y aura cumulation des deux actions. Nous répondons, avec M. Lepage (*Quest.*, p. 82), qu'il n'y aurait de cumulation, ainsi qu'il résulte de ce que nous avons dit sur la 116e question, qu'autant que chacune de ces actions serait formée par la même partie. Or ici, ce n'est pas le demandeur, c'est le défendeur au pétitoire qui agirait au possessoire. Au reste, il serait sursis au jugement du pétitoire, parce qu'il est dans l'esprit de la loi que le possessoire soit toujours jugé auparavant, ainsi que le prouve l'article 27.

Add.—La solution que nous avons donnée de cette importante question, est admise par M. AULANIER, p. 295, n° 264, et par M. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 76; mais nous ne dissimulerons pas qu'elle est fortement contredite par l'auteur de l'*Essai sur les Tribunaux de paix en matière contentieuse*, p. 139, n° 157. Nous ne nous attacherons point à discuter les objections qu'il fait contre nos arguments, dans lesquels nous persistons avec d'autant plus de confiance que notre opinion a été consacrée par un arrêt de la Cour de cassation, du 8 avril 1823 (*J. Av.*, t. 25, p. 123), qui décide en termes exprès qu'il n'est pas au pouvoir de l'auteur du trouble d'éluder la compétence du juge de paix au possessoire, en citant au pétitoire, avant qu'il eût formé sa complainte, celui qui, par suite de ce trouble, aurait acquis la faculté d'intenter cette action.

Quant au demandeur au pétitoire qui, d'après notre article, est généralement irrecevable à se pourvoir au possessoire, le serait-il aussi dans le cas où il s'agirait d'un trouble ou d'une dépossession postérieurs à l'introduction de son instance?

Nous ne le pensons pas; supposons, par exemple, que Titius réclame contre Mœvius la propriété de tel héritage. Pendant l'instance au tribunal civil, Mœvius trouble ou dépossède Titius. Titius peut demander au tribunal saisi du pétitoire qu'il soit sursis à statuer sur cette action, jusqu'après le jugement à rendre par le juge de paix sur l'action possessoire qu'il déclare poursuivre; ici, bien certainement, il n'y a point de cumul des deux actions, et le sursis doit être accordé sans difficulté, d'après la maxime *spoliatus ante omnia restituendus*, le tribunal restant toujours saisi de l'action.

Cette opinion n'est point contraire au principe posé dans l'article 26 du Code de procédure, que le demandeur au pétitoire n'est plus recevable à agir au possessoire. Ce principe est sans doute incontestable; il est fondé sur ce que celui qui se pourvoit au possessoire est présumé avoir renoncé aux droits qu'il eût pu faire valoir en prenant cette voie, et avoir reconnu la possession de celui contre lequel il revendique la propriété de la chose. Mais cela ne peut s'entendre que de la partie qui, après s'être tout d'abord pourvue au pétitoire, formerait l'action en complainte pour trouble antérieur à l'introduction de la première action. Si, au contraire, le trouble est postérieur, elle ne peut, à raison de cette atteinte portée à sa jouissance, être présumée avoir renoncé à former une complainte, dont la cause ne prend naissance que postérieurement à l'exercice de l'action pétitoire. **Carr**.

[[Le demandeur au pétitoire, excepté dans l'hypothèse posée par M. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 77, ou autres semblables, comme la demande en partage, etc., etc., où il ne s'agit pas d'une action en revendication de la propriété, ne peut jamais intenter l'action possessoire. Cette solution est la conséquence forcée des principes que M. Carré lui-même a développés dans les questions précédentes. Le demandeur n'a plus qu'une possession précaire, s'il possède. Il a reconnu le droit à la possession du défendeur, qui en jouissant de sa chose ne le trouble pas. M. GARNIER, p. 345, n'est pas de cet avis, et s'appuie sur la jurisprudence de la Cour de cassation; on oppose un arrêt du 17 avril 1837 (*J. du P.*, t. 1 de 1837, p. 489). Cette décision ne nous paraît pas trancher la difficulté, parce qu'en fait, la Cour de cassation semble avoir admis que les deux actions n'avaient pas le même objet; on cite aussi un arrêt de la même Cour, du 7 décembre 1831 (*J. Av.*, t. 46, p. 300), qui ne s'occupe point directement de notre question, qui ne suppose même pas qu'elle ait été soulevée, enfin, le 24 juillet 1837 (*J. du P.*, t. 2 de 1837, p. 415), la chambre des requêtes a admis le principe que nous combattons, par ce seul motif que la preuve avait été limitée aux faits survenus depuis l'instance au pétitoire. Nous ferons encore remarquer que dans la discussion rapportée par l'arrêtiste, on

ne trouve pas un seul mot qui indique que la question ait été soumise à la Cour de cassation sous son véritable aspect. On n'avait parlé que du cumul du possessoire et du pétitoire, et c'est réellement la seule question qui ait été jugée. Nos principes évidemment ne sont applicables qu'au cas où il y a litige sur la possession et sur la propriété, et où l'action en revendication pure et simple de la propriété vide le possessoire en faveur du défendeur. Si le demandeur ne possède pas, rien alors ne peut autoriser de sa part une action en complainte ou en réintégrande

Quant au défendeur à qui MM. THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 92; BOITARD, t. 2, p. 472, accordent l'action possessoire, dès là, que sur sa tête repose une possession légale reconnue par son adversaire lui-même il a le droit le plus complet de possession. S'il jouit à l'époque de l'action au petitoire, il doit continuer à jouir sans pouvoir être troublé par celui-là même qui a reconnu sa possession. Cette proposition est par trop évidente. S'il ne jouit pas, devra-t-il se contenter de cette prétendue reconnaissance théorique, mais hypocrite, de sa propre possession, lorsqu'en fait l'objet litigieux se trouve entre les mains de son adversaire, qui peut-être avait commencé par l'en dépouiller avant d'en intenter la revendication? Peut-on dire qu'il est lié par le pretendu contrat judiciaire qui serait résulté de la poursuite du demandeur? Mais ce contrat, pensons-nous, n'est pas synallagmatique; s'il oblige quelqu'un, c'est celui seulement par le fait duquel il a pris naissance. En disant que le demandeur reconnaît et s'oblige à ne plus contester la possession de droit de celui qu'il actionne au pétitoire, on ne prétend pas sans doute qu'il acquière ainsi la faculté de conserver une possession de fait, qui n'est qu'une usurpation patente et avouée. Il la conservera néanmoins, soit qu'il l'ait acquise avant le procès, soit qu'il l'usurpe par violence depuis le procès, si on n'accorde pas au défendeur l'action possessoire pour se faire réintégrer.

On dit qu'il n'y a qu'une question de dommages-intérêts : nous disons qu'il y a l'intérêt de posséder en fait, et de posséder sans trouble.

On dit que, la possession de droit étant reconnue, les juges du pétitoire sont compétents : nous répondrons que ce serait faire dépendre de l'usurpateur le mode de poursuite auquel il serait soumis, lui offrir le moyen d'éluder la juridiction prompte et facile dont la loi a voulu le rendre justiciable. Ce serait priver par son fait la victime qu'il dépouille, des voies de recours qui l'auraient promptement vengée, et ne lui laisser que la ressource tardive et lente d'une instance au pétitoire, pendant laquelle elle serait tenue de respecter, dans son adversaire, une position inique, mais d'autant plus inexpugnable qu'elle a pour fondement, d'après le système opposé au nôtre, la reconnaissance même du droit qu'elle viole ouvertement.

Ne sait-on pas enfin que, si le défendeur dépossédé conclut, devant les juges du pétitoire, à sa réintégration, il sera dès lors obligé de prouver sa propriété, comme l'a jugé la Cour de cassation, le 7 décembre 1831 (*J. Av.*, t. 46, p. 300), parce que ces juges ne peuvent accorder la possession qu'au propriétaire; et que les rôles seront par là intervertis, tout à l'avantage du possesseur violent, et au détriment de celui qu'il a dépouillé?

Nous tirerons un dernier argument de la seconde disposition de l'article 27 Le défendeur qui aura succombé au possessoire ne pourra, dit cet article, se pourvoir au pétitoire avant d'avoir satisfait à toutes les condamnations, *spoliatus ante omnia restituendus.*

Eh bien, puisque l'on est forcé d'avouer que le demandeur au pétitoire a reconnu la possession de droit du défendeur, n'est-il pas, s'il s'arroge la possession de fait, dans la même position que le défendeur au possessoire qui aurait été condamné? Oui, puisqu'il s'est condamné lui-même

Il faut donc pouvoir le forcer à exécuter cette condamnation volontaire, comme on forcerait l'autre à exécuter la condamnation judiciaire. Il faut que, jusqu'à cette exécution, le pétitoire lui soit interdit; en d'autres termes, il faut que le défendeur puisse se mettre à l'abri de ses coups sous le bouclier de l'action possessoire, dont l'introduction aura pour résultat de lui faire obtenir un sursis à l'instance plus onéreuse qu'on a dirigée contre lui.

Comment les auteurs, qui ont accordé l'action possessoire au défendeur, et notamment M. GARNIER, p. 345, sur le motif fort grave que *le demandeur ne pouvait pas priver la partie intéressée de son action en la gagnant de vitesse*, ne se sont-ils pas aperçus que cette opinion était l'objection la plus forte contre un prétendu droit pour le demandeur de se plaindre d'un trouble postérieur à son action. Quoi! ils considèrent le demandeur comme un perturbateur; ils font reposer la possession légale sur la tête du défendeur; ils accordent à ce défendeur le droit de revendiquer la possession qui est sienne, et qui devra lui être adjugée sans enquête, ni preuve d'aucune nature, et ils autorisent en même temps le demandeur à se plaindre d'un trouble apporté à sa possession illégale; mais ils n'ont donc pas senti que l'action possessoire elle-même du défendeur serait un trouble, et qu'alors les parties seraient dans un cercle vicieux dont il leur serait impossible de sortir.

Pour être conséquent, pour que le système soit complet, il faut donc, d'une manière absolue, accorder l'action possessoire, *toujours au défendeur, jamais au demandeur.*

Dira-t-on que cette action possessoire, étant *connexe* avec celle qui pend au pétitoire, doit être jugée comme elle par les juges du fond? c'est l'opinion de MM. CAROU, p. 777 et suiv., HENRION DE PANSEY, p. 454, et PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 76, qui en avait d'abord émis une tout opposée dans sa *Proc. civ.*, 1re part., tit. 2, chap. 6, art. 1er.

Mais ce système, qui contrarie les dispositions légales par lesquelles une compétence spéciale est attribuée aux juges de paix en cette matière, a été repoussé par l'arrêt précité, du 17 avril 1837, et antérieurement par les arrêts de la Cour suprême, des 7 août 1817 (*J. Av.*, t. 2, p. 477); 4 août 1819 (*J. Av.*, t. 2, p. 491), 28 juin 1825 (*J. Av.*, t. 31, p. 125).

Il est également condamné par MM. FAVARD DE LANGLADE, t. 1, p. 605; PONCET, p. 94, et GARNIER, p. 345; et par M. Carré, *sup.*, sous la *Quest.* 117 *bis*. La connexité n'autorise jamais à déroger aux lois de la compétence *ratione materiæ*.]] **Supp. alph.**, v° *Act. poss.*, n. 97 et s.

ART. 27. Le défendeur au possessoire ne pourra se pourvoir au pétitoire qu'après que l'instance sur le possessoire aura été terminée: il ne pourra, s'il a succombé, se pourvoir qu'après qu'il aura pleinement satisfait aux condamnations prononcées contre lui.

Si néanmoins la partie qui les a obtenues était en retard de les faire liquider, le juge du pétitoire pourra fixer, pour cette liquidation, un délai, après lequel l'action au pétitoire sera reçue.

Notre commentaire du Tarif, t. 1, p. 20 et 21, nos 4 à 11.]—Ordonnance de 1667, tit. 18, art. 4.—Loi du 25 mai 1838, art. 6.— [Notre Dict. gén. de Proc., vis *Action*, nos 46, 61, 62; *Action possessoire* n° 95; *Juge de paix*, nos 95 à 98 —Devilleneuve, vis *Pétitoire*, nos 1 à 3; *Action possessoire*, nos 111 à 122;—Arm. Dalloz, v° *Action possessoire*, nos 396 à 403 —Carré. *Comp.*, 2e part., liv. II, tit. 4, art. 286 *Q.* 322, éd. in-8°, t. 4, p. 378, liv. III, tit. 2, chap. 2, art. 317, 4°, t. 6, p. 226, et *Q.* 437, t. 6 p. 231. — QUESTIONS TRAITÉES : Le demandeur au possessoire pourrait-il agir au pétitoire avant que l'instance par lui introduite au possessoire fût terminée, et, s'il a succombé avant d'avoir satisfait aux condamnations? *Q.* 129. — Le défendeur au possessoire qui a obtenu un jugement favorable

peut-il, pendant l'instance d'appel, se pourvoir au pétitoire? *Q.* 129 *bis.* — Celui qui avait défendu au possessoire, formé et jugé pendant qu'un ancien procès au pétitoire était resté sans poursuites, peut-il reprendre le procès sans être tenu de satisfaire préalablement aux condamnations possessoires? *Q.* 130. — Le défendeur au possessoire pourrait-il du moins se pourvoir au pétitoire, avant l'instance terminée ou le jugement exécuté, s'il avait à craindre qu'après ce délai son action pétitoire fût prescrite? *Q.* 130 *bis.* — Si le demandeur qui aurait obtenu les condamnations au possessoire négligeait de les faire liquider, le défendeur pourrait-il, en fournissant caution de les acquitter, former et poursuivre son action au pétitoire sans faire fixer un délai par le juge? *Q.* 131. — Lorsque les condamnations consisteut en ouvrages à exécuter, ou à démolir, ou en tout autre fait matériel à opérer; comment le condamné justifiera-t-il, en cas de contestation, qu'il y a satisfait? *Q.* 131 *bis* — La contrainte par corps peut-elle être prononcée pour assurer l'exécution d'un jugement possessoire? *Q.* 132.— Le demandeur qui a succombé sur une action en réintégrande peut-il intenter une action en complainte et réciproquement? *Quid* à l'égard du défendeur? *Q.* 132 *bis.*—En général, quand les jugements possessoires peuvent-ils être rendus en dernier ressort? *Q.* 133.—Si le demandeur avait conclu à des dommages-intérêts au-dessous de 50 francs, le jugement n'en serait-il pas moins susceptible d'appel, à raison de ce qu'au lieu de conclure simplement à la maintenue en possession, le demandeur aurait en outre conclu, soit à la démolition du nouvel œuvre, soit à ce qu'il fût ordonné certains ouvrages pour faire rétablir les choses dans l'état où elles étaient avant le trouble? *Q.* 134.—Le jugement serait-il susceptible d'appel si, le demandeur ayant fixé les dommages-intérêts à 50 francs seulement, le défendeur avait reconventionnellement conclu, à son profit, au paiement d'une somme quelconque? *Q.* 135. — Le juge de paix aurait-il pu statuer en dernier ressort, si, les parties s'en étant rapportées à sa prudence pour la fixation des dommages-intérêts, il les eût portés à une somme moindre que 50 francs? *Q.* 136.] V. *infrà*, p. 156, *Q.* 132 *ter.*

XXI. Par une application directe de la maxime déjà citée, *spoliatus antè omnia restituendus*, le défendeur condamné au possessoire ne peut intenter l'action pétitoire qu'après avoir complétement rétabli le possesseur et payé les dommages et les dépens. C'est une juste peine imposée à l'auteur du trouble, à celui qui a voulu se faire justice à lui-même. Mais, d'un autre côté, la loi devait prévenir l'abus que le possesseur pourrait faire de cet avantage, en cherchant, dans le retard qu'il apporterait à faire liquider les condamnations prononcées à son profit, un moyen de prolonger la possession en paralysant l'action pétitoire. Tel est le motif de la faculté donnée au juge de cette action, de liquider ces condamnations dans un délai qu'il détermine, et après lequel l'action au pétitoire est reçue de plein droit. *Add.* **Supp. alph.**, *v° cit.*, n. 162.

129. *Le demandeur au possessoire pourrait-il agir au pétitoire avant que l'instance par lui introduite au possessoire fût terminée,* [[*et, s'il avait succombé, avant d'avoir satisfait aux condamnations?*]]

L'affirmative résulte de l'art. 27, qui n'interdit, dans l'espèce, l'exercice de l'action pétitoire qu'au défendeur au possessoire, à la différence des articles 4 et 5 de l'ordonnance, qui ne faisaient aucune distinction entre les deux parties.

Ainsi, le demandeur au possessoire, soit qu'il abandonne cette action par un désistement, soit qu'après l'avoir suivie il en ait été débouté, est recevable à se pourvoir au pétitoire. Nous disons soit qu'il abandonne son action par un *désistement*, parce qu'autrement il y aurait cumulation des deux actions, le juge de paix n'étant pas dessaisi du possessoire.

Mais lorsqu'il s'est ainsi désisté, ou qu'il a succombé au possessoire, son action au pétitoire ne pourrait, en raison du défaut de paiement des frais ou de celui de l'exécution complète du jugement, être arrêtée, ainsi que le serait celle du défendeur condamné : c'est une autre différence à remarquer entre l'art. 27 de notre Code et les articles précités de l'ordonnance, qui, sous ce rapport, ne faisaient encore aucune distinction entre le demandeur et le défendeur.

La raison de cette différence est que l'obligation de satisfaire au jugement avant de pouvoir intenter un autre procès, est une exception aux règles générales ; exception fondée sur la règle, *spoliatus antè omnia restituendus*, et qui accorde au possesseur un juste privilége contre le défendeur jugé coupable

d'usurpation ou de trouble; mais le demandeur n'est pas dans le même cas; il ne résulte point, de son déboutement, qu'il ait usurpé ou troublé la possession de personne, et conséquemment nul motif de l'empêcher de se pourvoir au pétitoire, avant d'avoir acquitté les dépens de l'action à laquelle il a succombé, et dont sa partie adverse pourra poursuivre le paiement par les voies légales.

Add.— Un arrêt de Bourges, du 7 décembre 1809 (*J. Av.*, t. 2, p. 390), a consacré l'opinion émise sur cette question. **Carr.**

[[Cet arrêt fonde la différence qu'il établit entre le demandeur et le défendeur au possessoire, quant à la faculté de se pourvoir au pétitoire, sur cette considération que la possession ne doit pas rester incertaine, qu'il faut qu'elle soit avouée ou jugée avant qu'on puisse discuter la question de propriété.

Or si le défendeur, à qui on conteste cette possession, se pourvoit au pétitoire, il est certain que ces deux questions pendront à juger en même temps, ce qui est contraire à l'art. 25; la disposition de l'art. 27 n'en est donc qu'une conséquence.

Mais si c'est le demandeur au possessoire qui intente l'action pétitoire, il est censé dès lors renoncer à sa prétention primitive, il ne conteste plus la possession qui demeure au défendeur; il n'y aura donc pas cumul; ce qui justifie la non-application de l'art. 27 au demandeur.

Ces raisons nous paraissent péremptoires.

Cependant la Cour de cassation a jugé la question dans un sens opposé, le 5 mars 1836 (*J. Av.*, t. 51, p. 419), mais sur cet unique motif que, le désistement du demandeur au possessoire, devenu demandeur au pétitoire, n'ayant pas été accepté, la première instance subsistait encore, et se cumulait avec la seconde (*V.* nos observations sur la *Quest.* 127). On voit donc qu'à proprement parler cet arrêt laisse intacte la question principale, si même il ne la préjuge pas implicitement de la même manière que l'avait fait la Cour de Bourges.

Nous partageons aussi l'avis de M. Carré sur la dernière partie de la question, et nous pensons que la seconde disposition de l'art. 27 n'est pas plus que la première applicable au demandeur, ce que démontre suffisamment le principe sur lequel elle se base. Pourquoi la loi exige-t-elle que les condamnations soient exécutées avant que le défendeur qui les doit soit recevable à agir au pétitoire? C'est en haine de la dépossession violente dont il s'est rendu coupable, du trouble qu'il a commis; c'est que ce trouble doit d'abord être réparé, et les choses remises au même état qu'auparavant, *spoliatus antè omnia restituendus*. Mais le demandeur, lui, n'a commis aucun trouble, aucune dépossession, il s'est borné à agir par les voies légales qui ne lui ont pas réussi; il n'a rien à réparer, car il n'a rien changé à l'état des choses. Qu'y aurait-il donc qui pût s'opposer à ce qu'on écoutât la demande au pétitoire, avant même qu'il eût complétement satisfait aux condamnations prononcées contre lui en dépens ou dommages-intérêts?

L'art. 4 du tit. 18 de l'ordonnance de 1667, exprimait clairement cette idée, en disant : « *Celui contre lequel la complainte ou la réintégrande sera jugée ne* « *pourra former la demande au pétitoire, sinon après que le trouble aura cessé,* « *et celui qui aura été dépossédé rétabli en la possession.* »

On le voit; ces obligations, par leur nature, ne pouvaient également s'appliquer qu'au défendeur. C'est donc à tort que M. Guichard a prétendu que la disposition de l'ordonnance était commune aux deux parties. Son opinion, d'autant plus insoutenable sous le Code de procédure qu'il désigne positivement et uniquement le défendeur comme étant l'objet de ses injonctions, est condamnée par MM. THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 93; BOITARD, t. 2, n. 475, et CARRÉ, p. 782.]]

[[**129 bis.** *Le défendeur au possessoire qui a obtenu un jugement favorable peut-il, pendant l'instance d'appel, se pourvoir au pétitoire?*

M. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 79 et 80, décide l'affirmative. Nous ne trouvons pas de bonnes raisons pour justifier cette opinion. Ayant le droit d'agir ainsi, dit M. Pigeau, sitôt le possessoire jugé, il ne doit pas souffrir de retard de ce qu'il a plu à son adversaire d'appeler.

Mais du moment qu'il y a appel peut-on dire que le possessoire soit jugé? N'est-il pas, au contraire, remis en question? Et si, malgré cet appel, le pétitoire s'engage, n'y aura-t-il pas cumul des deux actions, et cumul d'autant plus singulier qu'elles pendront à la fois devant le même tribunal?]]

130. *Celui qui aurait défendu au possessoire formé et jugé pendant qu'un ancien procès au pétitoire était resté sans poursuites, peut-il reprendre ce procès sans être tenu de satisfaire préalablement aux condamnations possessoires?*

Oui, par le motif que la défense de se *pourvoir* au pétitoire n'est pas la défense de reprendre les poursuites d'un procès déjà *pendant* au pétitoire. (Riom, 29 juin 1809; *S.*, t. 15, 2e part., p. 147, et *J. Av.*, t. 2, p. 385.)

Add. — Un savant arrêtiste, M. Dalloz, demande si cet arrêt est bien conforme à la disposition de l'art. 27 du Code de procédure. Oui, répond-il, si l'on s'arrête à la lettre de cet article, qui semble n'avoir pour objet que le cas d'une demande nouvelle au pétitoire, et non celui de la reprise d'une instance ancienne; mais si l'on veut pénétrer l'esprit de cette disposition, il est difficile de partager la doctrine admise par la Cour de Riom. En défendant l'accès du pétitoire à la partie qui n'a pas encore exécuté la condamnation prononcée contre elle au possessoire, la loi a voulu faire respecter la possession qui ne peut être troublée sans que l'ordre public en reçoive quelque atteinte. Or, il importe assez peu que le trouble ait lieu avant l'existence du procès, ou pendant que les parties sont en instance; le motif de la loi qui consacre le respect à la possession ne semble pas moins s'appliquer dans un cas que dans l'autre.

M. PONCET, p. 142, exprime la même opinion, et conclut en disant que le possessoire, incident à une instance sur le pétitoire, suspend cette instance dans toutes les hypothèses, jusqu'à ce que le jugement au possessoire ait été rendu, et que, si le demandeur au pétitoire a été condamné, il ne peut reprendre son action qu'apres avoir satisfait complétement aux adjudications principales et accessoires qui ont été prononcées contre lui par ce même jugement; nous adoptons pleinement cette opinion. **Carr.**

[[Elle nous paraît aussi devoir être admise, mais cela n'empêche pas que nous n'approuvions l'arrêt du 25 janvier 1825 (*J. Av.*, t. 31, p. 93), par lequel la Cour de Toulouse a jugé que, lorsqu'une action au pétitoire et une action au possessoire, quoique relatives au même fonds, n'ont pas de rapport entre elles, il n'est pas nécessaire, pour que la demande au pétitoire soit admise, que le demandeur justifie avoir satisfait aux condamnations prononcées au possessoire.]]

[[**130 bis.** *Le défendeur au possessoire pourrait-il du moins se pourvoir au pétitoire, avant l'instance terminée ou le jugement exécuté, s'il avait à craindre qu'après ce délai son action pétitoire ne fût prescrite?*

M. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 81, pose cette question sans la résoudre. Nous pensons qu'il n'y a aucune raison d'accorder cette faveur au défendeur au possessoire. La prescription nous paraît devoir être suspendue pendant que dure le jugement du possessoire, et il pourrait répondre à celui qui la lui op-

poserait plus tard, que, n'ayant pu agir, aux termes de la loi, il ne peut être puni de ne l'avoir pas fait : *Contrà non valentem agere non currit prescriptio.*]]

Supp. alph., v° *Act. poss.*, n. 103 et s.

131. *Si le demandeur qui aurait obtenu les condamnations au possessoire négligeait de les faire liquider, le défendeur pourrait-il*, EN FOURNISSANT CAUTION *de les acquitter, former et poursuivre son action au pétitoire, sans faire fixer un délai par le juge?*

L'ordonnance de 1667, tit. 18, art. 4, ne portait point, comme l'art. 27 de notre Code, que le juge du pétitoire pourrait fixer, pour la liquidation des condamnations, un délai après lequel l'action au pétitoire serait reçue; elle se bornait à autoriser la partie condamnée au possessoire à former l'autre action, en donnant caution de les acquitter.

M. Dufour, dans ses Conférences du Code de procédure avec les lois précédentes, p. 15, observe que l'art. 27, en disant que le juge du pétitoire pourra fixer un délai, semble admettre implicitement la caution, pour le cas où l'on voudrait passer à l'action au pétitoire, et en exempter à défaut de liquidation dans le temps prescrit.

M. DELAPORTE, t. 1, p. 28, dit qu'à la différence de l'ordonnance, le Code de procédure n'exige point la caution. Sans doute, mais en ce sens seulement que le demandeur au possessoire peut suivre l'action au pétitoire après le délai fixé par le juge; en sorte que la question ci-dessus, qui fait l'objet de la remarque de M. Dufour, reste toujours indécise.

Nous pensons, sur cette question, que le défendeur au possessoire n'est autorisé à poursuivre le pétitoire que sous la condition de faire fixer un délai pour la liquidation; que la loi a voulu éviter les formalités et la discussion d'une réception de caution; que, si la demande du délai est facultative, c'est en ce sens seulement que la loi donne l'option de former cette demande ou d'attendre la liquidation; mais qu'il résulte au contraire de ce qu'elle accorde cette faculté, dont l'ordonnance ne faisait pas mention, qu'elle n'a pas entendu autoriser la poursuite au pétitoire, même en fournissant caution.

[[Cette solution, qui nous paraît juste, a été admise par MM. FAVARD DE LANGLADE, t. 1, p. 599; AULANIER, p. 302, n° 269, et THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 93.]]

[[**131** bis. *Lorsque les condamnations consistent en ouvrages à exécuter ou à démolir, ou en tout autre fait matériel à opérer, comment le condamné justifiera-t-il, en cas de contestation, qu'il y a satisfait?*

M. THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 93 et 94, répond qu'il devra assigner de nouveau le contestant devant le juge de paix, pour voir dire que le magistrat se transportera sur les lieux pour en vérifier et constater l'état par un procès-verbal.

Il nous semblerait plus convenable, puisqu'il s'agit d'un fait, de faire procéder à cette vérification par un ou trois experts, à la nomination du tribunal qui doit apprécier le mérite de l'exception; car il est de principe, ainsi qu'on le verra plus tard, que le juge de paix ne connaît de l'exécution de ses jugements qu'autant qu'ils sont préparatoires ou interlocutoires, ou qu'étant définitifs, il s'agit de les compléter.]]

132. *La contrainte par corps peut-elle être prononcée pour assurer l'exécution d'un jugement possessoire?*

Ce ne pourrait être sans doute, que dans le cas de réintégrande, c'est-à-

dire de dépossession par voie de fait ou violence; encore n'est-on pas d'accord sur ce point.

Ceux qui soutiennent l'affirmative se fondent sur le mot *réintégrande*, employé dans l'art. 2060 du Code civil. Or, la *réintégrande* est l'action possessoire par laquelle on demande à être rétabli dans une possession dont on a été dépouillé par force, et qui n'a aucun trait à la propriété.

Ceux, au contraire, qui maintiennent la négative, invoquent le mot *propriétaire*, employé dans le même article : d'où ils concluent qu'il n'y a que celui qui a la propriété qui puisse demander la contrainte par corps.

Cette question, dit M. DELAPORTE, t. 1, p. 27, ne paraît susceptible d'aucune difficulté ; le Code civil porte que la contrainte par corps a lieu en matière de réintégrande : donc il l'admet pour l'action possessoire, que l'on a toujours qualifiée de la sorte ; s'il se sert du mot *propriétaire*, c'est une inexactitude peut-être, mais ce n'est pas un motif suffisant pour déclarer que l'art. 2060 n'aurait en vue qu'une condamnation au pétitoire; car, en droit, le possesseur de bonne foi est censé *propriétaire;* il en a tous les droits, toutes les prérogatives, jusqu'à ce qu'il en perde la possession par suite d'un jugement au pétitoire.

Nous n'hésitons pas à adopter cette opinion de M. Delaporte, conforme à celle de M. PIGEAU, t. 2, v° *Pétitoire*, § 2, n° 9; elle est justifiée par le passage suivant du rapport du tribun Gary, sur le titre du Code civil relatif à la contrainte par corps : « La contrainte par corps doit avoir lieu contre celui qui « est condamné à remettre un héritage au *possesseur* ou au propriétaire. Il y « a pourtant cette différence que, lorsque c'est le *possesseur* qui a été troublé « ou dépossédé par une voie de fait, le jugement qui le réintègre, avant même « que la question de propriété soit décidée au fond, doit porter la contrainte « par corps, tant pour le délaissement que pour la restitution des fruits perçus « pendant l'indue possession, et pour le paiement des dommages-intérêts ; « tandis que, s'il y a un jugement rendu au pétitoire qui condamne à désem- « parer le fonds, ce n'est qu'en cas de désobéissance à ce premier jugement « et après un délai déterminé, que la contrainte par corps peut être prononcée, et sans qu'il soit question de fruits ni de dommages-intérêts. Les motifs « de cette différence sont sensibles : dans le premier cas il y a une voie de fait « qui excite la juste animadversion des lois, et qui appelle une répression plus « sévère et une plus prompte réparation (1). »

Add. — M. AULANIER, p. 376, n° 322, adopte aussi cette opinion en faisant observer, avec raison, n° 333, que, d'après un arrêt de la Cour de cassation, du 20 mai 1818 (*J. Av.*, t. 8, p. 621), l'art. 2060 n'autoriserait point à prononcer la contrainte par corps contre les septuagénaires, les femmes et les filles. **Carr.**

[[M. BOITARD, t. 2, p. 478, pense aussi que la contrainte par corps est applicable à celui qui succombe au possessoire en matière de réintégrande ; le

---

(1) Nous rapportons ce passage en entier, non-seulement parce qu'il démontre parfaitement l'erreur de ceux qui pensent que l'art. 2060 s'applique au rétablissement, *dans la propriété*, de celui qui en aurait été dépouillé par voie de fait ou violence, et l'art. 2061, au rétablissement, *aussi dans la propriété*, de celui qui l'aurait été aussi indépendamment de ces circonstances ; mais encore parce qu'il fournit la preuve que la contrainte par corps doit être prononcée par le jugement même qui statue sur la réintégrande, et non dans les délais fixés par l'article 2061, pour le cas où il s'agit de l'exécution d'un jugement au pétitoire. M. Delaporte lui-même est tombé dans cette erreur, en relevant la première. (*V.* t. 1, p. 28.)

[C'est aussi, et avec raison, selon nous, l'opinion de M. BOITARD, *loco citato.*]

mot *propriétaire* employé par l'art. 2060 n'étant, d'après lui, que l'effet d'une inadvertance. Nous partageons cette opinion ; mais il n'en serait pas de même en matière de complainte, les voies rigoureuses ne s'étendent pas.]]

[[**132** bis. *Le demandeur qui a succombé sur une action en complainte peut-il intenter une action en réintégrande? et réciproquement? Quid à l'égard du défendeur?*

Après avoir succombé sur l'action en complainte, le demandeur est nécessairement irrecevable à se pourvoir en réintégrande; car, s'il ne s'est plaint que d'un trouble, il a reconnu qu'il n'avait pas été dépouillé; et, si c'est faute de possession annale que la complainte lui a été déniée, la même exception s'appliquerait à sa nouvelle demande. Former celle-ci serait donc de sa part revenir ou contre sa propre reconnaissance, ou contre l'autorité de la chose jugée : l'un et l'autre lui sont interdits.

Si c'est sur la réintégrande que le demandeur a d'abord succombé, cela vient de ce qu'il n'a pu faire preuve ou de sa spoliation, ou de sa possession annale antérieure.

Dans le premier cas, la voie de la complainte lui est ouverte, parce que le fait qui n'a pas le caractère d'une spoliation peut avoir celui d'un trouble; dans le second, elle lui est fermée, parce que la possession qu'il n'a pas est une condition également indispensable pour intenter la complainte et la réintégrande.

Telles sont les solutions justes, selon nous, que M. PONCET, p. 97, donne aux deux premières parties de la question.

A l'égard du défendeur, ajoute-t-il, p. 98, ces distinctions sont inapplicables. Il ne peut jamais, après avoir succombé, soit sur la complainte, soit sur la réintégrande, se pourvoir qu'au pétitoire; car, dans un cas comme dans l'autre, il a été jugé qu'il n'avait pas la possession véritable, que son adversaire était le possesseur légitime.

Cette dernière observation, que nous adoptons en son entier, devrait subir une modification importante dans l'opinion de ceux qui n'exigent pas la possession annale de la part du demandeur en réintégrande. (*V.* la *Quest.* 107 *bis.*) Dans leur système, en effet, la condamnation du défendeur ne peut être une reconnaissance de la possession légale du demandeur, ni, par conséquent, mettre une fin de non-recevoir contre le défendeur qui voudrait plus tard la lui contester. Il n'y aurait rien de jugé sur cette possession : la question demeurerait entière.]] **Supp. alph.**, *eod. verb. Effets du jugement qui admet une action possessoire et condamne à des dommages-intérêts.*

133. *En général, quand les jugements possessoires peuvent-ils être rendus en dernier ressort?*

Ces jugements sont presque toujours sujets à l'appel, ils ne sont en dernier ressort, ainsi qu'il résulte de la jurisprudence de la Cour de cassation, que dans le cas où les dommages-intérêts n'excèdent pas la somme de 50 fr. ; alors on considère le montant de ces dommages-intérêts comme l'évaluation de l'action. (*V.* entre autres l'arrêt du 6 juillet 1812 ; *J. Av.*, t. 2, p 397, 2e espèce.)

Il est à remarquer, en outre, qu'encore bien que le juge de paix eût entendu ne rendre qu'un jugement en premier ressort, et qu'il eût ainsi qualifié sa décision, il suffit que la demande en dommages-intérêts n'excède pas 50 fr., pour que l'appel ne soit pas recevable. (Arg. du C. de P., art. 453.)

[[Cette jurisprudence de la Cour de cassation, dans laquelle cette Cour a longtemps persisté, comme on peut le voir par les quatorze arrêts recueillis au *J. Av.*, t. 2, p. 326 et suiv. ; t. 2, p. 340, 395, 469, et 497 ; t. 16, p. 566 ; t. 23,

p. 302, avait été combattue par M. MERLIN, v° *Dernier ressort*, § 1, n° 3, qui n'avait cessé de la déclarer en opposition manifeste avec les principes.

On distiguait en effet le cas où des dommages-intérêts avaient été réclamés par le demandeur au possessoire, de celui où il s'était borné à conclure à la maintenue ou au rétablissement de sa possession. Dans le second cas, la demande était regardée comme indéterminée dans sa valeur; l'adjonction des dommages était considérée comme lui faisant prendre le caractère de determinée.

C'était une erreur visible, puisqu'on appréciait la demande par la valeur de l'accessoire et non par celle du principal. L'action possessoire ayant pour objet de constater, en faveur du demandeur, la présomption légale de propriété résultant de la possession, elle ne peut être évaluée que comme toute autre action réelle; si elle ne l'est pas de la sorte, elle est indéterminée, et, par conséquent, le jugement ne peut être rendu qu'en premier ressort. D'ailleurs, n'était-il pas évident qu'en joignant à sa demande principale, qui seule eût été indéterminée, des conclusions en dommages-intérêts, le demandeur ne faisait qu'augmenter ses prétentions bien loin de les restreindre? Comment cette augmentation pouvait-elle avoir pour résultat de rendre compétent en dernier ressort un juge qui, par une demande plus faible, ne l'aurait été qu'à la charge d'appel.

Aussi, par un arrêt du 22 mai 1822 (*J. Av.*, t. 24, p. 169), rendue en audience solennelle, toutes les chambres assemblées, la Cour de cassation a-t-elle renoncé à sa jurisprudence, et décidé que les jugements sur les actions possessoires étaient toujours sujets à l'appel.

Cette décision, confirmée par plusieurs arrêts postérieurs (*V.* au *J. Av.*, t. 30, p. 207 et 374; t. 33, p. 168, et t. 35, p. 209), et approuvée par tous les auteurs, a été convertie en disposition légale par l'art. 6 de la loi du 25 mai 1838. La controverse n'est donc plus permise, même pour le cas où l'on voudrait prétendre que l'objet principal de l'action, la possession de l'objet litigieux, a une valeur déterminée au-dessous de 100 fr.]]

134. *Si le demandeur avait conclu à des dommages-intérêts au-dessous de 50 fr., le jugement n'en serait-il pas moins susceptible d'appel, à raison de ce qu'au lieu de conclure simplement à la maintenue en possession, le demandeur aurait en outre conclu, soit à la démolition du nouvel œuvre, soit à ce qu'il fût ordonné certains ouvrages pour faire rétablir les choses dans l'état où elles étaient avant le trouble?*

L'appel serait recevable, parce qu'il existe dans l'espèce de cette question deux chefs de demande, dont l'un, celui en démolition du nouvel œuvre, ou en construction d'ouvrages, est indéterminé. (Cass., 2 avril 1811, *S.*, t. 12, 1re part., p. 149, et *J. Av.*, t. 2, p. 331, 10e espèce.) Ainsi, le principe général est que l'appel est recevable toutes les fois que le juge de paix prononce sur un chef de conclusions dont la valeur n'est pas déterminée.

[[*V.* nos observations sur la *Quest.* 133.]]

135. *Le jugement serait-il susceptible d'appel, si, le demandeur ayant fixé ses dommages-intérêts à 50 fr. seulement, le défendeur avait reconventionnellement conclu, à son profit, au paiement d'une somme quelconque?*

Non, parce que la compétence en dernier ressort, une fois fixée par la demande, n'a pu, à raison des conclusions incidentes et reconventionnelles, varier dans une matière que la loi range au nombre des causes qui doivent

être jugées en dernier ressort (1). (Cass., 13 novembre 1811; *S.*, t. 12, 1re part. p. 148, et *J. Av.*, t. 2, p. 332, 11e espèce.)

[[*V.* nos observations sur la *Quest.* 133.]]

136. *Le juge de paix aurait-il pu statuer en dernier ressort, si, les parties s'en étant rapportées à sa prudence pour la fixation des dommages-intérêts, il les eût portés à une somme moindre que 50 fr.?*

Oui, parce que, les parties n'ayant conclu qu'en des dommages-intérêts à fixer par le juge de paix, qui les évalue à une somme inférieure au taux du premier ressort, il s'ensuit qu'il peut juger souverainement et sans appel. (Cass., 6 octobre 1807; *J. Av.*, t. 2, p. 331, 8e espèce.)

A plus forte raison, le jugement serait-il en dernier ressort, si les dommages-intérêts, qui n'avaient pas été originairement déterminés, avaient été fixés dans le cours de l'instance à 50 fr. (Cass., 1er juill. 1812; *S.*, t. 12, 1re part., p. 351, et *J. Av.*, t. 2, p. 333, 12e espece.)

[[Voir nos observations sur la *Quest.* 133.]] (2).

TITRE V.

Des Jugements qui ne sont pas définitifs, et de leur exécution (3).

Nous avons dit que les juges de paix ne connaissaient pas de l'exécution de leurs jugements. Cette observation générale est confirmée par l'ensemble de ce titre, qui ne traite, en effet, que de l'*exécution des jugements qui ne sont pas définitifs*, c'est-à-dire des jugements *préparatoires* et *interlocutoires*, qui, de leur nature, ne peuvent être exécutés que d'autorité du juge même qui les a prononcés.

Ici, le législateur a particulièrement voulu épargner, à l'égard des justices de paix, les lenteurs qu'à raison de l'importance des affaires, il a été obligé d'admettre, pour l'exécution des jugements rendus par les autres tribunaux,

---

(1) Il s'agissait d'entreprise sur un cours d'eau, que l'art. 10, tit. 3 de la loi du 24 août 1790, déclare nommément devoir être jugée *sans appel*. Il est essentiel de remarquer que, par l'arrêt du 22 mai 1822, rendu, Chambres réunies, sous la présidence du garde des sceaux (V. *S.*, t. 22, p. 375; *J. Av.*, nouv. édit., t. 2, p. 327, v° *Action*, n° 3, et t. 24, p. 169), la Cour de cassation a rejeté cette doctrine, et consacré celle que M. Merlin avait constamment persévéré à maintenir comme seule conforme aux principes : il est donc aujourd'hui permis de considérer comme étant toujours susceptibles d'appel, nonobstant le montant des dommages-intérêts demandés, les jugements rendus en matière possessoire, soit complainte, soit réintégrande, lorsque la valeur de la possession n'est pas connue. Quoi qu'il en soit, nous n'avons pas cru devoir supprimer les questions traitées aux nos 133, 135 et 136, attendu que l'opinion contraire a conservé des partisans qui se fondent sur ce qu'il était dans l'esprit des lois qui règlent la compétence des justices de paix, et auxquelles nulle disposition n'a dérogé en ce point, que la demande en dommages-intérêts déterminât le premier ou dernier ressort, comme le comité de constitution s'en était formellement expliqué dans son instruction explicative de la loi du 24 août 1790.

[*V.* nos observations sur la *Q.* 133.]

(2) *V.* les autres questions relatives à l'appel des jugements possessoires, dans notre *Traité de l'organisation et de la compétence*.

(3) Sur les jugements en général et leurs diverses espèces, voy. *infrà* nos préliminaires sur le tit. 7, liv. 2, et les questions sur les art. 451 et 452.

et c'est dans cette vue qu'ont été portées les dispositions des différents articles qui composent ce titre.

[[Il est incontestable que les juges de paix ont l'exécution de leurs jugements préparatoires et interlocutoires, puisqu'elle est destinée à les éclairer sur le jugement définitif qu'ils doivent rendre. D'ailleurs, le titre qu'on va examiner ne laisse aucun doute sur ce point, puisqu'il trace les règles d'exécution.

Mais que faut-il décider quant aux jugements provisoires et définitifs? Il y a lieu de distinguer, comme le dit M. THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 98, entre l'exécution *par suite d'instance* et *l'exécution forcée*. Cet auteur nomme exécution par suite d'instance, celle qui a lieu pour compléter le jugement, par exemple, pour recevoir une caution qu'il avait ordonné de fournir (*V.* sous l'art. 17. la *Quest.* 82), pour liquider des dommages-intérêts dont il avait prononcé la condamnation sans les fixer, pour apurer un compte dont il avait ordonné la reddition.

Le jugement ne pouvant être complet, avoir un sens définitif, qu'après que les procedures accessoires ont eu lieu, il est naturel qu'elles soient faites sans l'autorité du juge qui les a ordonnees.

Mais, quant à l'exécution forcée qui a lieu pour parvenir au dernier effet des condamnations, et qui s'exerce sur les biens ou sur la personne du condamné par voie de saisie, contrainte, etc., elle n'est plus de la compétence du juge de paix, encore qu'elle soit la suite d'un jugement simplement provisoire, parce que les questions que peut soulever l'emploi de ces moyens tiennent à une législation plus compliquée dont les juges inférieurs ne sont pas censés avoir une parfaite connaissance.

Voyez l'opinion conforme de M. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 82, 83 et 135.]]

ART. 28. Les jugements qui ne seront pas définitifs ne seront point expédiés, quand ils auront été rendus contradictoirement et prononcés en présence des parties. Dans le cas où le jugement ordonnerait une opération à laquelle les parties devraient assister, il indiquera le lieu, le jour et l'heure; et la prononciation vaudra citation.

[Notre Comm. du Tarif, t. 1, p. 22 et 23, n°s 1 à 4, 9 et 10.] — Loi du 26 oct. art. 1, tit. 6. — Code de proc., art. 31, 34, 40, 451, 452.—[Arm. Dalloz, v° *Exécution des jugements*, n° 204.—Carré, *Justices de paix*, t. 4, p. 81 à 84, n°s 2804 à 2810. — Locré, t. 21, p. 384. — QUESTIONS TRAITÉES : Le fait que le jugement a été prononcé en presence des parties, doit-il être constaté? *Q*, 137. — Si l'une des parties se retirait de l'audience avant la prononciation, l'autre partie qui voudrait exécuter le jugement devrait-elle le faire expédier et *signifier? Q.* 138.—Quand la partie doit-elle lever expédition d'un jugement interlocutoire, et que doit-elle faire pour l'obtenir? *Q.* 139.]

XXII. La loi distingue en cet article les jugements non définitifs, rendus contradictoirement (*V.* ci-dessus, p. 24, not. 1re), de ceux qui sont rendus *par défaut*, ou prononcés *hors la présence des parties*, quoique après une défense contradictoire. Les premiers ne doivent *point* être expédiés, et, à plus forte raison, signifiés. Il suffit, pour leur exécution, qu'ils aient été prononcés *partie présente;* ce qui, d'ailleurs, évite la nécessité d'une citation, lorsqu'il s'agit d'une opération à laquelle il est nécessaire qu'elles assistent, *ou du moins qu'elles soient appelées à cette fin.*

[[Il ne suit pas de cet article qu'il soit interdit à une partie de requérir expédition, et au greffier de la lui délivrer, mais seulement qu'elle ne passerait pas en taxe. (*V.* M. THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 96.]]

137. *Le fait que le jugement a été prononcé en présence des parties doit-il être constaté?*

Oui, afin d'éviter toute discussion sur la vérité de ce fait, et toute contesta-

tion relativement à l'expédition du jugement ou à la signification qu'une partie se serait crue obligée d'en faire. Ainsi l'on consigne, dans l'énoncé de la décision, qu'elle a été prononcée en *présence des parties*, et c'est alors que l'article 28 reçoit son application, sans qu'il puisse s'élever ultérieurement aucune difficulté. (*V.* LEVASSEUR, p. 82; *Prat.*, t. 1, p. 194.)

[[Cette observation, tres juste, est reproduite par M. THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 97.]]

138. *Si l'une des parties se retirait de l'audience avant la prononciation, l'autre partie, qui voudrait exécuter le jugement, devrait-elle le faire expédier* et signifier?

Nous pensons qu'elle y serait obligée, parce que la loi, pour l'en dispenser, n'exige pas seulement que le jugement soit contradictoire; mais elle exprime suffisamment par ces mots, *prononcés en présence des parties*, sa volonté que le jugement soit *connu* d'elles.

[[C'est aussi, et avec raison, l'opinion de M. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p 84.]]

139. *Quand la partie doit-elle lever expédition d'un jugement interlocutoire, et que doit-elle faire pour l'obtenir?*

Puisque l'art. 28 défend de délivrer l'expédition d'un pareil jugement, la partie qui veut en appeler doit former son pourvoi avant que l'operation ordonnée soit commencée, et justifier de cet appel au greffier, pour pouvoir obtenir une expédition, conformément à l'art. 31. (*Ann. du Not.*, com., p. 65.)

[[M. Carré paraît croire que la prohibition de l'art. 28 va jusqu'à interdire absolument aux parties de demander une expédition, et au greffier de la délivrer, sauf le cas unique où l'on voudrait interjeter appel.

Nous pensons, au contraire, avec M. THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 96, que le législateur n'a pas voulu ôter aux parties la faculté de se procurer une expédition, mais qu'il faut l'interpréter en ce sens que cette expédition et la signification qui en serait la suite, ne passeraient point en taxe; d'où nous concluons que la partie qui veut appeler n'a pas besoin, pour obtenir l'expédition, de justifier d'un appel déjà fait. — N'est-il pas plus naturel qu'elle la prenne avant de signifier son acte d'appel qui, de cette manière, pourrait contenir en même temps la notification du jugement? *V.* encore M. THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 100, et notre *Comm. du Tarif*, t. 1, p. 22, n° 3.

M. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 83, va plus loin que nous. Il décide que la prohibition ne doit jamais s'appliquer aux jugements interlocutoires, parce que l'appel en est permis avant le jugement définitif, et, ajoute-t-il, il n'y a que la signification qui puisse faire courir le délai de l'appel. Donc l'expédition et la signification sont toujours légitimes, partant toujours permises et susceptibles de passer en taxe.

Nous ne saurions partager ce sentiment, parce que nous ne croyons pas que la signification d'un jugement interlocutoire du juge de paix fît courir le délai de l'appel. L'art. 31, en effet, dit seulement que l'appel de ce jugement est permis avant le jugement définitif; d'où il suit, ce nous semble, qu'il n'y a pas déchéance contre celui qui, n'usant pas de cette permission, aura attendu le jugement définitif avant d'appeler du jugement interlocutoire; qu'en d'autres termes, le délai fatal ne peut courir que de la signification du jugement définitif, et que celle du jugement interlocutoire n'aurait point cet effet. Le motif de M. Pigeau nous paraît donc sans portée. (*V.* toutefois nos *Questions* sur l'art. 451.)]]

ART. 29. Si le jugement ordonne une opération par des gens de l'art, le juge délivrera à la partie requérante cédule de citation pour appeler les experts; elle fera mention du lieu, du jour, de l'heure, et contiendra le fait, les motifs et la disposition du jugement relative à l'opération ordonnée.

Si le jugement ordonne une enquête, la cédule de citation fera mention de la date du jugement, du lieu, du jour et de l'heure.

Tarif, 7, 21, 24, 25. — [Notre Comm. du Tarif, t. 1, p. 23 et 24, n°s 5 à 8, 11 et 12.] — Ordonn. tit. 21, art. 8.—Loi du 26 oct., tit. 6, art. 3, 4.—Code de proc., art. 34, 41.—[Carré, *Justices de paix*, t. 4, p. 84 à 86, n°s 2811 à 2814.]

XXIII. La nécessité d'une cédule de citation pour les gens de l'art appelés à procéder à une opération quelconque, dans les cas où le juge ne pourrait, à l'aide de ses connaissances personnelles, décider un point de fait dont il juge la vérification nécessaire pour résoudre la question de droit, est fondée sur ce que les gens de l'art n'ont pas assisté à la prononciation du jugement. Il faut au moins leur faire connaître juridiquement la commission dont ils sont investis en semblable circonstance.

Add. Nous ajouterons premièrement, que le juge de paix peut ne nommer qu'un seul expert, si les parties ayant la disposition de leurs droits y consentent; et alors c'est à celui qui est ainsi nommé que le juge de paix doit confier l'opération. Les parties, au contraire, n'ont-elles pu ou voulu désigner les experts, il doit en nommer trois, par argument de l'art. 303. Mais, après cette nomination d'office, les parties n'en conserveront pas moins la faculté de convenir d'autres experts (Argum. de l'art. 305); ce qu'elles devront faire dans les trois jours de la signification du jugement, s'il est interlocutoire, ou dans les trois jours de sa prononciation, s'il n'est que préparatoire. Cette nomination se fait par déclaration au greffe.

Secondement, qu'au surplus, il n'y a point de nullité, soit de l'enquête, soit du jugement définitif qui aurait été rendu par suite de cette instruction, s'il était arrivé que le juge eût reçu des dépositions des témoins qui n'auraient pas été appelés par la cédule de citation. **Carr.**

[[*V.* l'opinion conforme de MM. PIGEAU, *Comm.*, t. 1. p. 84 à 86, et THOMINE DESMAZURES, t, 1, p. 97. En général, il est utile que les formes réglées pour les enquêtes et les expertises devant les tribunaux civils soient observées dans les justices de paix, lorsqu'elles ne contrarient point leur organisation et la pensée de simplification qui y domine, mais leur inobservation n'entraînerait jamais la nullité. V. *infrà*, la *Question* 152 *ter*.]]

ART. 30. Toutes les fois que le juge de paix se transportera sur le lieu contentieux, soit pour en faire la visite, soit pour entendre les témoins, il sera accompagné du greffier, qui apportera la minute du jugement préparatoire.

Tarif, 12 —[Notre Comm. du Tarif, t. 1, p. 24, n°s 13 à 17.] — Loi du 26 oct., tit. 6, art. 6.—Code de proc., art. 41.—[Carré, *Justices de paix*. t. 4, p. 86 à 87, n°s 2815 à 2818.—QUESTIONS TRAITÉES: De ce que l'art. 30 appelle jugement préparatoire la décision qui ordonne une enquête ou une visite des lieux, s'ensuit-il qu'une telle décision n'aurait, en aucun cas, le caractère d'un jugement interlocutoire ? *Q.* 140.—Le juge de paix qui fait une visite à titre de descente et sans experts, comme dans le cas de l'art. 41, a-t-il besoin d'une réquisition de la part des parties ? *Q.* 140 *bis*.]

XXIV. Les articles 30, 38 et 41 écartent les difficultés qui se présenteraient souvent pour procéder à une opération, si l'on n'avait pas sous les yeux le ju-

gement qui l'ordonne. Il résulte de ces articles que, dans tous les cas, l'opération est faite non-seulement sur le vu de la minute de ce jugement, mais encore en présence du juge lui-même, soit sur le lieu contentieux, soit à l'audience.

139. *De ce que l'art. 30 appelle jugement préparatoire la décision qui ordonne une enquête ou une visite des lieux, s'ensuit-il qu'une telle décision n'aurait, en aucun cas, le caractère d'un jugement interlocutoire?*

L'art. 452 donne des jugements interlocutoires une définition qui convien également aux décisions des juges de paix et à celles des autres juridictions, et d'après laquelle il est incontestable qu'un jugement qui ordonne une enquête ou une visite des lieux est interlocutoire, lorsqu'il préjuge le fond. On doit donc considérer comme une erreur, dans la rédaction, l'emploi de ce mot *préparatoire* en l'art. 30, et n'en rien conclure contre le caractère d'*interlocutoire* qu'un jugement de justice de paix pourrait avoir, d'après l'art. 452. Au reste, le législateur eût-il employé le mot *interlocutoire* au lieu de celui dont il s'est servi, on demanderait, en sens opposé, s'il eût entendu dire qu'en tous les cas, le jugement qui ordonne une enquête ou une visite des lieux ne pourrait être considéré comme *préparatoire;* et, d'après ce même article 452, rapproché de l'article 451, on serait encore forcé de prononcer la négative(1).

Concluons de ces observations que l'on doit entendre l'article 30 comme s'il était conçu dans les mêmes termes que l'article 46 de la loi du 26 octobre 1790, qui portait « que le greffier apporterait la minute du jugement par lequel la visite ou l'enquête aurait été ordonnée. » (V. *Ann. du Not.*, com., t. 1, p. 65.)

[[Quant au caractère des jugements interlocutoires ou préparatoires, *V.* nos *Quest.* sur l'art. 452. M. PIGEAU, *Comment.*, t. 1, p. 87, explique le mot *préparatoire*, employé dans l'art. 31, en disant que, si le jugement est interlocutoire, il a pu être expédié, et le greffier n'est pas obligé, par conséquent, d'en apporter la minute. C'est là une suite de l'opinion, erronée d'après nous, du même auteur, opinion que nous avons combattue sous la *Quest.* 139.]]

Add. — 140 bis. *Le juge de paix qui fait une visite à titre de descente, et sans expert, comme dans le cas de l'art. 41, a-t-il besoin d'une réquisition de la part des parties?*

Non, car cet article 41 porte en termes exprès que, lorsqu'il s'agira de constater l'état des lieux, etc., le juge de paix ordonnera qu'ils seront visités par lui, ce qui suppose qu'il lui est possible de statuer sans le secours des experts, tandis que l'art. 29, relatif au cas où le jugement ordonne une opération à faire par des gens de l'art, exige une réquisition de la part d'une partie, c'est-à-dire de la partie la plus diligente. Sur quoi nous ferons observer qu'il faut, aux termes de l'art. 8 du Tarif, que le procès-verbal de l'opération fasse mention de la réquisition, faute de quoi il ne serait rien alloué au juge de paix. **Carr.**

[[M. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 87, partage cet avis, et nous l'approuvons.]]

---

(1) Il est en effet des cas où le jugement qui ordonne une semblable preuve ou vérification est considéré, tantôt comme préparatoire, tantôt comme interlocutoire. Nous examinerons ces cas sur les articles précités, en discutant d'autres questions dont la solution s'appliquerait tant en justice de paix que dans les autres tribunaux.

ART. 31. Il n'y aura lieu à l'appel des jugements préparatoires qu'après le jugement définitif, et conjointement avec l'appel de ce jugement; mais l'exécution des jugements préparatoires ne portera aucun préjudice aux droits des parties sur l'appel, sans qu'elles soient obligées de faire, à cet égard, aucune protestation ni réserve.

L'appel des jugements interlocutoires est permis avant que le jugement définitif ait été rendu

Dans ce cas, il sera donné expédition du jugement interlocutoire.

Notre Comm. du Tarif, t. 1 p. 24 et 25, n°s 18 à 22.]—Loi du 26 oct., tit. 6, art. 7.—Loi du 24 août 1790, tit. 3, art. 12.—Code de proc., art. 16, 404, 443, 451, 452, 454, 456.—[Carré, *Comp.*, 2e part., liv. III, tit. 2, § 1er, éd. in-8°, t. 6, p 10.—Carré, *Justices de paix*, t. 4, p. 87 à 91 n°s 2819 à 2826. — Locré, t. 21. p. 385 et 559.—QUESTIONS TRAITÉES : L'appel d'un jugement interlocutoire est-il recevable après le jugement définitif, quoiqu'il ait été exécuté sans réserve, et que plus de trois mois se soient écoulés depuis sa signification? *Q.* 140 *ter*.—L'appel du jugement interlocutoire suspend-il l'instruction? *Q.* 141.

XXV. Par cette disposition, la loi, toujours dans le but d'accélérer la décision des procès et d'épargner les frais, n'a pas voulu qu'il fût au pouvoir d'une partie de paralyser le cours de l'instruction, en formant appel d'un jugement simplement préparatoire, qui ne préjuge rien sur le fond; mais, comme il est de maxime qu'on n'est pas recevable à former appel d'un jugement à l'exécution duquel on s'est librement soumis, elle a déclaré, pour que l'on ne cherchât pas, dans l'obéissance même, le prétexte d'une difficulté nouvelle, que l'exécution des jugements préparatoires ne produira aucune fin de non-recevoir contre l'appel.

Quant aux jugements interlocutoires qui préjugent le fond, en ordonnant une preuve, une vérification, un serment, etc., comme il serait possible que le juge eût commis une erreur en admettant ces genres de preuve ou d'instruction, et que la cause dût se décider par des principes tout différents de ceux dont l'avant faire droit préjuge l'application, le législateur a dû permettre à la partie qui se croit lésée d'interjeter appel avant le jugement définitif; disposition d'autant plus sage que, si le juge d'appel infirme l'avant faire droit, il épargne aux parties les frais et les délais qu'eût entraînés son exécution (1).

Enfin, par une conséquence nécessaire de la faculté qu'accorde l'article d'interjeter appel d'un interlocutoire, il a dû déroger à la règle générale qui veut qu'un jugement de cette nature ne soit point expédié, puisqu'il est indispensable qu'il soit soumis en entier au magistrat supérieur. (*V.* ci-dessus *Quest.* 139.)

[[**140** ter. *L'appel d'un jugement interlocutoire est-il recevable après le jugement définitif, quoiqu'il ait été exécuté sans réserves, et que plus de trois mois se soient écoulés depuis sa signification?*

Nous croyons devoir renvoyer la solution de cette question à notre article 451.)]]

141. *L'appel du jugement interlocutoire suspend-il l'instruction?*

Non, car les jugements définitifs sont exécutoires par provision et même

(1) *V.* nos *Quest.* sur l'art. 451.

sans caution, au moins jusqu'à concurrence de 300 francs (art. 17); a plus forte raison, les jugements interlocutoires doivent-ils être exécutés par provision. (Arg. de l'art. 457.)

[[Nous ne voyons pas de difficulté à cette solution, pourvu, d'après la nouvelle loi, que l'exécution provisoire ait été ordonnée.]]

TITRE VI.

De la mise en cause des garants.

Les deux articles qui composent ce titre indiquent comment les garants sont mis en cause en justice de paix, et prescrivent de passser outre au jugement de l'action principale, si l'exception de garantie n'est pas formée lors de la première comparution, ou si la citation n'a pas été faite dans le délai fixé.

Mettre un garant en cause, c'est appeler, pour être partie dans une instance, celui qui doit garantie de la chose ou du droit qui fait l'objet du procès.

La garantie est l'obligation légale ou conventionnelle de faire jouir quelqu'un d'une chose ou d'un droit, ou de l'acquitter ou indemniser, soit en cas de trouble dans la jouissance, soit en cas d'éviction, soit en cas de perte de cette chose ou de ce droit, soit enfin en cas de condamnations quelconques, en raison de l'une ou de l'autre.

On distingue deux espèces de garanties : la garantie *formelle*, qui a lieu dans les matières *réelles*, et la garantie *simple*, qui a lieu dans les matières *personnelles*. Mais cette distinction n'est utile qu'à raison de la différence dans la manière de procéder sur l'action en garantie devant les tribunaux d'arrondissement. (Art. 182 et 183.) En effet, on ne peut guère prononcer en justices de paix que sur des garanties simples, puisqu'elles ne connaissent d'aucune action réelle, si ce n'est des actions possessoires, dans lesquelles le recours en garantie est rarement admis (1).

Art. 32. Si, au jour de la première comparution, le défendeur demande à mettre garant en cause, le juge accordera délai suffisant en raison de la distance du domicile du garant. La citation donnée au garant sera libellée, sans qu'il soit besoin de lui notifier le jugement qui ordonne sa mise en cause.

Tarif, 21.—[Notre Comm. du Tarif, t. 1, p. 25 et 26, nos 1 à 5, et 7.]—Loi du 26 oct., tit. 1, art. 9.—Code de proc., art. 1, 49, n° 3, 175 et suiv.—[Arm. Dalloz, v° *Garantie*, n° 511.— Carré, *Justices de paix*, t. 4, p. 91 à 96, nos 2827 à 2839. — QUESTIONS TRAITÉES : Peut-on interjeter appel du jugement qui accorde délai pour citer le garant? *Q.* 142.—De ce que l'art. 32 porte que le défendeur doit, dès le jour de la première comparution, demander à mettre garant en cause, résulte-t-il qu'il ne puisse citer son garant avant cette comparution? *Q.* 143. — De ce que l'art. 32 ne parle que du défendeur, s'ensuit-il que le demandeur ne puisse mettre un garant en cause, *Q.* 143 *bis*. — Peut-on conclure de ce que le même article exige que le délai pour mettre garant en cause soit accordé par jugement, que le juge de paix puisse refuser ce délai? *Q.* 143 *ter*, — La loi a-t-elle entendu laisser à l'arbitraire du juge la fixation du délai? *Q.* 143 *quater*. — Ce même délai doit-il être augmenté du double, attendu qu'il y aurait lieu à envoi et retour? *Q.* 143 *quinquies*.—Quelles sont les dispositions du Code, relatives à la garantie devant les tribunaux ordinaires qui seraient susceptibles d'application en justice de paix? *Q* 143 *sexies*.— L'art. 32 s'applique-t-il au garant qui aurait à en appeler un autre en sous garantie, *Q.* 144.]

XXVI. Il est de principe qu'en toute matière, le garant doit suivre la juri-

(1) V. *infrà* nos Préliminaires sur le tit 9. et nos *Quest.* sur les art. 175 et 185.

diction du garanti, encore bien qu'il ait son domicile dans un autre ressort, et quels que soient d'ailleurs la nature et l'objet de l'action originaire. Les art. 32 et 33 appliquent aux justices de paix ce principe formellement consacré par l'art. 181; mais l'art. 32 établit une forme particulière empruntée de la loi de 1790, et qui cependant diffère de celle qu'elle prescrivait, en ce que la cédule que le juge de paix délivrait est remplacée par un jugement, et que le demandeur en garantie fait notifier directement la citation *libellée*, c'est-à-dire motivée, et par conséquent énonçant et les causes de l'action originaire, et celle de l'action récursoire, afin que le garant puisse fournir sa défense ou acquiescer à cette dernière action. Il est à remarquer que la loi, en prescrivant de libeller ainsi la citation, annonce suffisamment qu'il n'y a pas lieu de notifier au garant copie de la demande originaire et des pièces justificatives de l'action en garantie. (*V.* BIRET, t. 1, p. 244.)

[[M. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 91, enseigne, avec raison, la même doctrine.]]

142. *Peut-on interjeter appel du jugement qui accorde le délai pour citer le garant?*

Il n'y a pas de doute pour l'affirmative, dit M. DELAPORTE, t. 1, p. 32, si le demandeur principal a maintenu qu'il n'y avait pas lieu à accorder ce délai.

Cette disposition pourrait être appuyée des dispositions des art. 175 et suivants, en ce qu'elles qualifient d'exception la demande en garantie. Or, dirait-on, tout jugement qui prononce sur une exception est un jugement definitif dont on peut appeler.

Mais n'opposerait-on pas, avec plus de fondement, que la demande en garantie est un incident dans l'instance principale, et qu'il est certain, en jurisprudence, que l'instance principale doit être jugée avant qu'on puisse appeler au sujet des demandes incidentes?

Comment, d'ailleurs, admettre l'appel suspensif du jugement qui aurait accordé délai pour la mise en cause d'un garant, sans contrarier le principe que l'intérêt est la mesure des actions? L'appel ne serait-il pas sans objet, puisque le jugement attaqué *ne préjuge rien* sur la demande principale, tandis que, d'un autre côté, l'appelant irait directement contre ses intérêts, puisqu'il prolongerait, par son appel, le retard d'une décision qu'il reprocherait au juge de paix d'avoir retardée lui-même, en ordonnant préalablement la mise en cause?

C'est surtout parce qu'un jugement qui accorde délai pour citer un garant ne préjuge rien sur la demande principale, que nous pensons qu'on ne peut en appeler. Ce jugement n'a point, en effet, le caractère d'un interlocutoire. A vrai dire, il n'est point définitif; c'est plutôt un jugement préparatoire, ainsi que le qualifie avec raison M. Lepage, dans ses *Quest.*, p. 84; car il n'a d'autre objet que de mettre la cause en état de recevoir un jugement qui se trouve retardé par la demande en garantie formée par le défendeur, à l'époque fixée par l'art. 32.

Au surplus, nous croyons que l'art. 32 impose au juge de paix l'obligation d'accorder délai, nonobstant toute contestation de la part du garant. Ainsi, sous tous les rapports, l'appelant devrait être déclaré non recevable. (*V.* DEMIAU-CROUZILHAC, p. 39.)

[[Nous adoptons complètement l'opinion et les motifs de M. Carré.]]

143. *De ce que l'art. 32 porte que le défendeur doit, dès le jour de la première comparution, demander à mettre garant en cause, résulte-t-il qu'il ne puisse citer son garant avant cette comparution?*

Nous ne trouvons aucune raison qui puisse justifier cette conséquence ri-

goureuse, qui se trouverait en opposition avec l'art. 175 du Code de procédure; nous croyons, au contraire, qu'il est dans l'esprit de la loi de laisser au défendeur originaire la faculté d'appeler son garant dès qu'il est cité lui-même. C'est ce qui nous semble résulter de ce que le juge de paix ne peut lui refuser un délai, lorsqu'il demande, dès sa première comparution, à citer quelqu'un en garantie.

Si donc il déclare, à cette époque, qu'il a appelé un garant à tel délai, et qu'il en justifie, le juge de paix ne prononcerait pas que la citation serait considérée comme non avenue, par le seul motif qu'elle n'aurait pas été précédée d'un jugement; il ne le ferait qu'autant que le délai donné par cette citation lui paraîtrait trop long; alors il fixerait un délai plus rapproché, dans lequel le garant serait appelé par une citation nouvelle.

[[C'est ce que pensent aussi MM. THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 103, et PIGEAU, t. 1, p. 90. La justesse de cette opinion est incontestable.]]

Add.—143 bis. *De ce que l'art. 32 ne parle que du défendeur, s'ensuit-il que le demandeur ne puisse mettre un garant en cause?*

M. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 90, résout cette question pour la négative, mais en distinguant le cas où le demandeur aurait connu le droit de garantie avant de former sa demande originaire, et celui où il ne l'aurait connu que depuis. Dans le premier, dit-il, le demandeur ne peut mettre le garant en cause après l'introduction de son action, et forcer ainsi le défendeur originaire à attendre l'expiration des délais de la citation en garantie pour juger la demande originaire; dans le second, au contraire, comme il ne dépendait pas du demandeur de former de suite ce recours, il peut appeler en garantie. L'auteur cite l'exemple suivant à l'appui de cette distinction que nous ne balançons pas à adopter.

Je vous vends pour 100 fr. de grains qui me sont dus par mon fermier; il ne veut pas les livrer; vous l'assignez; il se défend en représentant ma quittance de ces grains; vous pourrez m'appeler en garantie; mais, s'il ne veut pas attendre l'expiration des délais, il pourra demander qu'on juge, parce que lorsque vous l'avez poursuivi, vous saviez que j'étais votre garant, et que vous pouviez m'appeler en même temps que lui, pour voir dire que, dans le cas où il ne voudrait pas livrer, je serais condamné à vous garantir. **Carr.**

[[M. Pigeau démontre aussi *loco citato* que la même distinction ne peut s'appliquer au défendeur, à cause du peu de délai qui se trouve ordinairement entre la citation et le jour de la comparution: nous adoptons les principes posés par M. Pigeau; toutefois il nous paraît que, dans l'espèce qu'il posée, la garantie devrait être reçue parce que l'acheteur ignorait qu'on lui opposerait une quittance.]]

Add.—143 ter. *Peut-on conclure, de ce que le même article exige que le délai pour mettre garant en cause soit accordé par jugement, que le juge de paix puisse refuser ce délai?*

Oui, suivant M. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 90, qui, en énonçant les motifs pour lesquels la loi exige, dans l'art. 32, que le défendeur demande à mettre en cause, dit qu'il pourrait se faire que, sur cette demande, le juge trouve qu'il n'y a pas lieu à l'accorder, et que la demande doive être jugée entre les deux parties, ce qui éviterait de surcharger l'affaire d'une troisième partie. Le simple texte de la loi suffit, croyons-nous, pour rejeter cette opinion puisqu'il est conçu en termes impératifs : « le juge accordera délai suffisant. » Il serait d'ailleurs difficile que le juge de paix, pour rejeter cette demande, ne préju-

geât pas la décision à rendre au fond sur la garantie, et il ne peut avoir cette faculté en l'absence du garant.

On pourrait objecter que, d'après cette solution, il était inutile d'exiger un jugement pour fixer le délai dans lequel le garant doit être mis en cause: nous répondons que cette fixation de la part du juge est nécessaire pour que le garant ne puisse trouver, dans une citation donnée à long délai, un moyen de retarder l'instruction et le jugement sur la demande originaire. **Carr.**

[[L'opinion de M. Carré nous paraît préférable à celle de M. Pigeau.]]

Add. — 143 quater. *La loi a-t-elle entendu laisser à l'arbitraire du juge la fixation du délai?*

Nous ne le pensons pas, quoique par les mots *délai suffisant*, la loi semblerait dire le contraire; mais il faut remarquer, avec M. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 91, que, l'art. 175 exigeant que la demande en garantie soit fournie dans la huitaine qui est le délai ordinaire de la citation devant les tribunaux, le juge doit donner le délai de trois jours, qui est celui que l'art. 5 détermine pour les citations en sa justice. Ce délai doit nécessairement courir du jour du jugement, puisqu'il ne peut être ni levé, ni notifié, et être augmenté conformément à cet article, d'un jour par trois myriamètres de distance. **Carr.**

[[Cette interprétation est fort sage.]]

Add. — 143 quinq. *Ce même délai doit-il être augmenté du double, attendu qu'il y aurait lieu à envoi et retour?*

Oui, conformément à l'art. 1033, et par les motifs que nous avons exposés sur la *Quest.* 763.

[[C'est aussi l'avis de M. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 91, *V.* nos *Quest.* sur l'article 1033.]]

Add.— 143 sex. *Quelles sont les dispositions du Code, relatives à la garantie devant les tribunaux ordinaires, qui seraient susceptibles d'application en justice de paix?*

Ce sont celles des art. 175, 178, 181 et 185. **Carr.**

[[*V.*, sur cette *Quest.*, l'avis conforme de M. PIGEAU. *Comm.*, t. 1, p. 91 et 92.]]

144. *L'article* 32 *s'applique-t-il au garant qui aurait a en appeler un autre en sous-garantie?*

C'est notre opinion, fondée sur une juste analogie tirée de l'art. 176. (*V.* DEMIAU-CROUZILHAC, sur l'art. 33, p. 39.)

[[C'est aussi, et avec raison, celle de MM. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 91, et THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 102.]]

ART. 33. Si la mise en cause n'a pas été demandée à la première comparution, ou si la citation n'a pas été faite dans le délai fixé, il sera procédé, sans délai, au jugement de l'action principale, sauf à statuer séparément sur la demande en garantie.

Tarif 21.—[Notre Comm. du Tarif, t. 1, p. 26, n° 6.]—Loi du 26 oct., tit 1er, art. 10—Cod. de proc., art. 178, 179.—[Arm. Dalloz, v° *Garantie*, n° 511.—Carré, *Justices de paix*, t. 4, p. 96 et 97, n°s 2840 à 2842. — QUESTIONS TRAITÉES: Si la demande pour appeler garant n'a pas été formée, ou si elle n'a pas été suivie de citation en temps utile, l'action pourrait-elle être portée devant le juge qui serait encore saisi de la demande originaire, ou qui l'aurait jugée? *Q.* 145. — Dans le cas ci-dessus prévu, *Q.* 143 *bis*, où ce serait le demandeur qui voulût mettre un garant en cause, l'art. 33 serait

'l applicable comme à l'égard du défendeur ? *Q.* 145 *bis.* — Si la citation a été donnée au jour fixé par le jugement, et que le garant ne comparaisse pas, y a-t-il lieu à statuer sur l'action originaire, sauf à juger séparément l'action en garantie? *Q.* 146.]

145. *Si la demande pour appeler garant n'a pas été formée, ou si elle n'a pas été suivie de citation en temps utile, l'action pourrait-elle être portée devant le juge qui serait encore saisi de la demande originaire, ou qui l'aurait jugée ?*

Nous ne le pensons pas. Dès que la mise en cause n'a pas été demandée, lors de la première comparution, ou que la citation n'a pas été donnée dans le délai fixé, l'action en garantie devient elle-même une action principale soumise aux règles générales de la compétence : elle ne peut donc être portée devant le juge qui connaît ou qui aurait connu de la demande originaire, qu'autant qu'il serait juge naturel du défendeur, et elle serait jugée par lui, séparément, dans le cas même où l'instance sur la demande originaire ne serait pas encore terminée.

Telle est aussi l'opinion des rédacteurs des *Annales du Notariat* (*Comm.*, t. 1, p. 68).

Mais serait-on fondé à opposer qu'il n'y a aucun inconvénient à ce que le juge de paix prononce sur l'action en garantie, quoique tardivement formée, s'il n'avait pas encore été statué sur la demande principale, et si la demande en garantie se trouvait en état? Dire que la demande en garantie sera jugée par le juge de paix, SÉPARÉMENT, *dans le cas même où l'instance sur la demande originaire ne serait pas encore terminée,* n'est-ce pas se rendre plus rigoureux que le législateur n'a voulu l'être dans la rédaction de l'art. 33 ?

Nous convenons ici qu'il semble que le législateur n'a voulu, par la disposition de l'art. 33, qu'accélérer la mise en cause du garant, pour ne pas retarder le jugement de l'action principale; mais s'il arrive que, par d'autres causes, ce jugement se trouve retardé, il n'y a plus de motifs pour ne pas terminer tout à la fois l'instance principale et l'instance en garantie. C'est d'ailleurs la disposition formelle de la première partie de l'art. 184.

Au reste, nous persistons à croire, contre le sentiment de M. HAUTEFEUILLE, p. 58, que le juge de paix cesse d'être compétent dès que l'instance principale est jugée, puisque l'action en garantie n'est plus accessoire.

[[Nous adoptons, sans hésiter, les solutions et les distinctions contenues aux trois derniers alinéa de ce numéro.

Mais il ne nous paraît pas aussi exact de dire que, toutes les fois que la demande en garantie ne peut être jugée avec la demande principale, le juge naturel de celle-ci cesse d'être compétent pour l'autre.

L'art. 33 porte : *Sauf à statuer séparément sur la demande en garantie;*

Et l'art. 184 : *Sauf, après le jugement du principal, à faire droit sur la garantie.*

Il suit de ces deux dispositions, que la demande en garantie, quoique disjointe de la cause principale, ne laisse pas d'appartenir aux mêmes juges.

Sans doute, si on ne l'intentait qu'après le jugement du principal, elle serait alors elle-même principale, et devrait être soumise, comme telle, au juge naturel du garant.

Mais si l'appel en garantie a eu lieu pendant que durait l'instance originaire, cette circonstance nous paraît avoir déterminé l'attribution de toutes deux au juge saisi de celle-ci.

Car il ne faut consulter qu'une chose pour décider à quel tribunal le garant doit être traduit, c'est-à-dire à quel tribunal la demande originaire *est pendante.*

Les dispositions qui permettent de statuer séparément sur les deux causes, quoique portées au même tribunal, ne dérogent pas à ce principe.

Notre solution serait différente, si la demande en garantie avait été évidemment intentée trop tard. *V.* notre *Quest.* 774 *bis.*]]

Add. — 145 bis. *Dans le cas ci-dessus prévu,* Quest. 143 bis, *où ce serait le demandeur qui voulût mettre un garant en cause, l art.* 33 *serait-il applicabli comme à l'égard du défendeur?*

On pourrait dire, pour la négative, que l'obligation de disjoindre l'action principale et l'action en garantie, ne peut s'appliquer qu'au cas de la mise en cause du garant par le défendeur originaire, puisque l'art. 32 ne parle que de ce dernier; que, d'ailleurs, cette disjonction n'est prononcée qu'en faveur du demandeur. Nous répondons, que si l'on admet que le demandeur lui-même a la faculté de mettre le garant en cause, on doit nécessairement conclure qu'étant ainsi assimilé au défendeur, il doit être soumis aux mêmes conditions que celui-ci qui, à son tour, a intérêt à ce que la demande formée contre lui soit promptement jugée. **Carr.**

[[Cette décision nous paraît conforme à l'équité.]]

146. *Si la citation a été donnée au jour fixé par le jugement, et que le garant ne comparaisse pas, y a-t-il lieu à statuer sur l'action originaire, sauf à juger séparément l'action en garantie?*

Dans cette circonstance, le juge de paix, après avoir reconnu que la notification de la citation a été faite à temps, prononce par défaut contre le garant, conformément aux conclusions du demandeur, s'il les trouve justes et bien vérifiées. (Guichard, t. 2, p. 178.)

[[C'est-à-dire que si l'appelant en garantie est condamné envers son adversaire principal, le recours lui est adjugé par défaut vis-à-vis du garant défaillant, sauf à celui-ci les voies d'opposition, conformément aux art. 20 et suiv. Mais le jugement entre les parties principales, étant contradictoire, ne sera pas sujet à rétractation.]]

TITRE VII.

Des Enquêtes.

L'enquête est l'information par témoins de la vérité d'un fait

En toute juridiction, le juge l'ordonne, soit sur la demande des parties, soit d'office, lorsqu'il la croit nécessaire pour la décision de la cause (*Infrà*, art. 34) (1).

En justice de paix, elle diffère essentiellement, quant à la simplicité et à la rapidité de ses formes, de l'enquête qui se fait dans les autres tribunaux, soit en matière ordinaire, soit même en matière sommaire.

Elle n'admet aucune des formalités de la première, pas même celles que l'art. 413 prescrit de suivre dans les matières sommaires auxquelles l'art. 432 assimile les causes commerciales.

Elle n'a de commun avec ces matières que l'audition des témoins à l'au-

(1) Nous exposerons, dans les préliminaires du tit. 12, livre suivant, les notions générales relatives à cette voie d'instruction.

dience (36, 407); la dispense d'un procès-verbal dans les causes non sujettes à l'appel (40, 410); l'obligation d'en dresser un, lorsque la cause ne doit être jugée qu'en premier ressort (39, 411, 425).

ART. 34. Si les parties sont *contraires* en faits de nature à être constatés par témoins, et dont le juge de paix trouve la vérification utile et admissible, il ordonnera la preuve, et en fixera précisément l'objet (1).

Tarif, 21, 24.—[Notre Comm. du Tarif, t. 1, p. 27 et 28, nos 1 à 6.]—Loi du 26 oct., tit. 4, art. 1er, 2. — Code de proc., art. 28, 252, 253, 254. — [Notre Dict. gén. de proc., vis *Enquête*, nos 156, 519, *Juge de paix*, nos 119 à 121.—Arm. Dalloz, vo *Enquête*, nos 305 à 309.—Carré, *Justices de paix*, t. 4, p. 98 à 101, nos 2843 à 2850.—Locré, t. 21, p. 560.—QUESTIONS TRAITÉES : Quels sont les cas où la vérification des faits est utile et admissible? *Q.* 147 —La preuve par témoins est-elle toujours admissible en justice de paix? *Q.* 148.—Mais en est-il de même dans le cas où, d'après l'art. 7, le juge de paix s'était saisi, par suite du consentement des parties, d'une demande excédant 150 fr.? *Q.* 149. — Le juge de paix ne peut-il ordonner l'enquête qu'autant que les parties sont contraires en faits? *Q.* 150. —Lorsqu'une enquête est ordonnée en justice de paix, le défendeur a-t-il, de plein droit, la faculté de faire contre-enquête? *Q.* 151.]

XXVII. La loi de 1790 imposait aux juges de paix, avant de pouvoir ordonner une preuve par témoins, l'obligation d'avertir les parties qu'il y avait lieu de procéder par enquête, de les interpeller de déclarer si elles voulaient faire preuve de leurs faits par témoins, et il fallait aussi que les parties ou l'une d'elles requissent d'être admises à faire cette preuve. Le Code n'exige ni l'avertissement, ni l'interpellation, ni la réquisition. Le juge de paix peut donc ordonner l'enquête toutes les fois qu'il la trouve nécessaire, soit qu'on la lui demande, soit qu'on ne la lui demande pas : son devoir est d'ordonner tout ce qui peut éclairer sa conscience, et les parties sont autorisées à prouver les faits qu'elles ont allégués (Rapport au Tribunat, et ci-après, *Quest.* 147 et 151), et que le juge de paix doit préciser avec soin, afin d'éviter les divagations trop ordinaires des témoins sur des faits étrangers à la recherche qui est le but de l'enquête.

[[Et cependant celui qui a consenti à l'enquête et qui y a produit des témoins ne peut plus tard en demander la nullité par le motif qu'un jugement n'en aurait pas d'abord déclaré la pertinence. *Cass.*, 27 mars 1832 (*J. Av.*, t 43, p. 679.)]]

147. *Quels sont les cas où la vérification des faits est* UTILE *et* ADMISSIBLE?

La vérification n'est *utile* qu'autant qu'elle est indispensable pour la décision de la cause; autrement elle ne doit pas être ordonnée, suivant la maxime, *frustrà probatur quod probandum non relevat.*

Elle n'est admissible qu'autant que, les faits étant par eux-mêmes susceptibles d'être prouvés par témoins, ce genre de preuve ne se trouverait pas, dans l'espèce de la cause, prohibé par la disposition de l'art. 1341 du Code civil, [[ou par toute autre disposition légale.]]

Add.—M. Rogron, dans son *Code de procédure expliqué*, etc., attribue le même sens que nous au mot *utile*. « La vérification, dit-il, est utile lorsque le

---

(1) *Et le jour.* (Arg. de l'art. 35, *in principio.*)

[*V.* d'ailleurs l'art. 28. Mais, en cas d'empêchement au jour fixé, rien n'empêche le juge de paix de rétracter la décision par laquelle il avait fixé le jour, pourvu que les parties en soient convenablement informées. Cass. 19 juin 1832 ; DALLOZ, 1832, 1re part., p. 339.]

juge de paix ne pourrait, sans cela, décider la contestation ; mais elle ne serait admissible, suivant lui, que lorsque le fait qu'il s'agit de vérifier a un rapport direct à l'affaire. » N'est-il pas permis de dire que l'honorable commentateur attache ici aux deux mots une partie de la même idée? car, si un fait dont la preuve est offerte n'a pas un trait direct à l'affaire, il est difficile d'admettre que cette preuve soit utile. Les deux mots doivent exprimer deux idées absolument distinctes, et ainsi, comme nous l'avons dit, l'utilité consiste dans la nécessité d'ordonner la preuve, l'admissibilité dans la non-prohibition de la loi.

Cela posé, revenons à la disposition de l'art. 253. Il est ainsi conçu : Si les faits sont admissibles, qu'ils soient déniés, et que la loi n'en défende pas la preuve, l'enquête pourra être ordonnée. Évidemment le mot *admissible* doit ici être entendu dans un autre sens que celui que nous lui avons attribué dans l'art. 34; car, l'art. 253 ajoutant après ce mot *et que la loi n'en défende pas la preuve*, il n'est plus permis de dire qu'il exprime cette même idée, que nous lui attribuons dans l'art. 34 ; et c'est à quoi nous n'avons pas réfléchi, lorsque, sur cet art. 253 nous avons renvoyé, pour l'explication du mot *admissible*, à celle que nous avions donnée sur l'art. 34. Plus conséquent, M. Rogron, sur l'art. 253, attache au même mot le même sens que sur l'art. 34; comme, dit-il, l'intérêt des parties et de la justice s'oppose à ce que l'on fasse les frais d'une enquête inutile, la loi n'admet la preuve que des faits qui ont un rapport direct à l'affaire, ou qui, s'ils sont prouvés, ont une influence réelle sur la contestation. C'est ce qu'il faut entendre par faits admissibles. Donc encore M. Rogron confond ici l'utilité, qui, suivant nous, consiste, d'après l'art. 34, dans la pertinence des faits, c'est-à-dire dans leur rapport avec la contestation, et dans l'influence qu'ils sont susceptibles d'avoir sur la décision, avec l'admissibilité, qui consiste dans ce que la loi, comme le dit l'art. 253, n'en défend pas la preuve.

Nous persistons à prendre dans cette acception les mots *utile et admissible* de l'art. 34.

Quel sera donc, dans l'art. 253, le sens du mot *admissible?* la réponse est facile : il signifie ce que signifie le mot *utile* dans l'art. 34, c'est-à-dire la pertinence des faits.

Tout cet embarras, dans l'interprétation des mots, provient de ce que cet art. 34 a été emprunté à l'art. 1, du tit. 4, de la loi du 26 oct. 1790, dans lequel on trouve ces deux mots. On eût prévenu toute incertitude, en rédigeant l'article dont il s'agit comme l'art. 253, qui explique bien mieux la pensée du législateur. **Carr.**

[[*V.* t. 2, p. 487, not. 1.]]

148. *La preuve par témoins est-elle toujours admissible en justice de paix?*

En toute matière de la compétence des juges de paix, la preuve testimoniale est admissible, pourvu toutefois qu'elle ne tende pas à prouver contre et outre le contenu aux actes.

La raison en est que les actions personnelles dont le juge de paix connaît ne peuvent excéder 100 fr., et que l'art. 1341 du Code civil ne prohibe la preuve par témoins qu'au-dessus de 150 fr., tandis que, d'un autre côté, l'art. 24 du Code de procédure lui prescrit d'ordonner enquête dans les matières possessoires.

[[M. THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 105, fait remarquer une notable exception à cette règle, pour le cas où, tout en demandant une somme inférieure à 100 fr le demandeur aurait avoué qu'elle faisait partie ou qu'elle était le reste d'une somme plus forte.

Mais la loi du 25 mai 1838, avant de beaucoup augmenté le taux de la compétence des juges de paix, l'observation de M. Carré n'est plus applicable, parce qu'il peut arriver, dans la plupart des cas, qu'ils aient à statuer sur des valeurs mobilières bien supérieures à 150 fr. La preuve testimoniale sera donc souvent inadmissible, même devant cette juridiction.]]

149. *Mais en est-il de même dans le cas où, d'après l'art. 7, le juge de paix serait saisi, par suite du consentement des parties, d'une demande excédant 150 francs?*

La prorogation de juridiction n'emporte point, de la part des parties, le droit de renoncer à l'application des dispositions de la loi relative au fond du droit et aux diverses manières de le prouver. Ce n'est point à la nature de la juridiction du juge de paix qu'est attachée la faculté d'ordonner la preuve testimoniale; mais, comme nous l'avons dit, à la circonstance que les affaires qui lui sont attribuées se trouve dans la classe de celles qui admettent cette preuve. Le juge de paix ne peut donc pas ordonner d'enquête, lors même que les parties sont convenues de s'en rapporter à sa décision dans une affaire personnelle, si la valeur du litige excède 150 fr.

[[Nous adoptons cet avis, que partage aussi M. THOMINE-DESMAZURES, t. 1, p. 105.]]

150. *Le juge de paix ne peut-il ordonner l'enquête qu'autant que les parties sont contraires en faits?*

On pourrait, en s'attachant rigoureusement aux termes de l'article, croire que le juge de paix n'aurait pas cette faculté, et telle est l'opinion de M. BIRET, t. 1, p. 204 et 205; mais le contraire semble résulter de la discussion au Conseil d'État, et du rapport fait au Tribunat (LOCRÉ, t. 21, p. 560)

En effet, il est possible que les parties n'aient pas cru nécessaire de demander l'apurement de certains faits, et que le juge l'estime utile pour la décision. Or, il est de son devoir, pour nous servir de l'expression de l'orateur du Tribunat, d'ordonner tout ce qui peut éclairer sa conscience; il a nécessairement le droit de prescrire aux parties d'informer par témoins.— (*V.* ci-dessus le commentaire de l'art 34, n° XXVII.)

[[C'est aussi, et avec raison, l'opinion de MM. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 93, et CURASSON, t. 1. p. 105, n° 16.]] **Supp. alph.**, v° *Just. de paix*, n. 88 et 89.

151. *Lorsqu'une enquête est ordonnée en justice de paix, le défendeur a-t-il, de plein droit, la faculté de faire contre-enquête ?*

Oui [[évidemment]]; car le principe consacré par l'art. 256, pour les enquêtes qui se font dans les tribunaux d'arrondissement, est applicable en justice de paix. Il serait, en effet, contraire à la justice qu'une partie, contre laquelle on permet la preuve testimoniale d'un fait, n'eût pas le droit de faire également la preuve par témoins des faits contraires.

Si donc, les deux parties veulent faire entendre des témoins, le juge de paix doit, aux termes de l'art. 29, délivrer une cédule à chacune d'elles.

ART. 35. Au jour indiqué, les témoins, après avoir dit leurs noms, profession, âge et demeure, feront le serment de dire la vérité, et déclareront s'ils sont parents ou alliés des parties, et à quel degré, et s'ils sont leurs serviteurs ou domestiques.

Ordonn. de 1667, tit. 22, art. 14.— C. de pr., art. 262 et suiv. — [Notre Dict. gén. de Pr. v° *Juges de paix*, n°s 122, 123, 129.—Arm. Dalloz, v° *Enquête*, n°s 310 à 314 —Carré, *Justices de paix*, t. 4, p. 101 à 105, n°s 2851 à 2855.—Locré, t. 21, p. 386 et 560. — QUESTIONS TRAITÉES : Les juges de paix et les tribunaux de commerce peuvent-ils accorder un sauf-conduit au témoin appelé devant eux? En quelles circonstances ces derniers tribunaux peuvent-ils en accorder au failli? *Q.* 152.—Comment se requiert la cédule du juge de paix pour citer les témoins? *Q* 152 *bis*.—Faut-il notifier trois jours à l'avance la liste des témoins qu'on veut faire entendre? en général, les formalités des enquêtes ordinaires doivent-elles être observées devant la justice de paix? *Q.* 152 *ter*. — Les parents, alliés, serviteurs ou domestiques des parties peuvent-ils être entendus par le juge de paix? *Q* 153. — Y aurait-il lieu à réformation d'un jugement sujet à l'appel, si le juge de paix avait omis de faire déclarer aux témoins s'ils sont parents ou alliés, et à quel degré, ou s'ils sont serviteurs ou domestiques? *Q.*154.— Si, au jour indiqué pour l'enquête, aucune des parties ne se présente, le juge de paix pourra-t-il procéder à l'audition des témoins? *Q.* 155.—Si les témoins, au lieu de prêter serment, ont fait une simple promesse de dire la vérité, l'enquête sera-t-elle nulle? *Q.* 156. — Suit-il de la solution donnée sur la *Quest.* 156 que l'omission des formalités prescrites pour l'audition des témoins en justice de paix n'emporte jamais la nullité? *Q.* 156 *bis*.]

XXVIII. Par cette disposition, le Code répare une omission dans la loi de 1790, et a pour but de faire bien connaître les témoins, afin de garantir aux parties le droit qu'elles ont de les reprocher, dans les cas déterminés par la loi. — (V. *Quest.* 160, et art. 36 et 283).

152. *Les juges de paix et les tribunaux de commerce peuvent-ils accorder un sauf-conduit au témoin appelé devant eux? En quelles circonstances ces derniers tribunaux peuvent-ils en accorder au failli?*

Par un avis du Conseil d'État, du 30 avril 1807, approuvé le 30 mai suivant, il a été décidé que l'art. 782, afin de restreindre un pouvoir trop étendu dont on pouvait craindre l'abus, n'a pas voulu que les juges de paix pussent, à l'avenir, accorder de saufs-conduits, puisqu'ils ne sont pas dénommés dans cet article comme ils l'étaient dans la loi du 15 germinal, et que d'ailleurs ils n'ont pas de ministère public; que cette faculté est également interdite aux tribunaux de commerce, et par les mêmes motifs, et qu'enfin les parties ou les témoins en état de contrainte par corps doivent s'adresser au président du tribunal civil de l'arrondissement, qui, sur la présentation du jugement d'enquête, et sur les conclusions du ministère public, délivre, s'il y a lieu, le sauf-conduit nécessaire. (Circul. du ministre de la justice, du 8 sept. 1807, *S.*, 1808, *Suppl.*, p. 30, et *J. Av.*, t. 8, p. 506.)

Mais il faut remarquer qu'encore bien que les tribunaux de commerce ne puissent en général accorder de saufs-conduits, néanmoins ces tribunaux, et même le juge-commissaire nommé à une faillite, peuvent en accorder, dans les cas prévus par les art. 472 et suivants du Code de commerce.

[[Cela est extrêmement juste.]]

Add. — 152 bis. *Comment se requiert la cédule du juge de paix, pour citer les témoins.*

Cette question naît de ce que l'art. 29 porte que, *si le jugement ordonne une enquête, la cédule de citation fera* MENTION *de la date du jugement, du lieu, du jour et de l'heure.* Il faut donc une cédule, soit que l'enquête doive être faite à l'audience, soit que l'on doive y procéder sur le lieu contentieux; aussi, l'article 21 du tarif, en exécution de l'art. 34, taxe-t-il cet acte à 1 fr. 50 c. Mais ni cet article ni l'art. 29 n'indique la manière dont la cédule doit être requise, le délai auquel elle doit l'être, et les formalités de la signification à en faire aux témoins.

M. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 94, pense qu'il n'est pas nécessaire que le juge de paix dresse procès-verbal de la réquisition qui lui est faite, afin d'en garder minute, et en se fondant sur la nécessité de ne pas laisser à la partie le temps

de surborner les témoins, il détermine le délai de cette réquisition à trois jours, à courir du jour de la prononciation du jugement, s'il est contradictoire, ou de celui de sa signification ou de l'expiration du délai de l'opposition, s'il est par défaut. Le savant auteur est ensuite d'avis que la citation aux témoins est soumise aux formalités des art. 260, 408 et 413 du Code de procédure.

Nous pensons, avec M. Chauveau Adolphe (*J. Av.*, t. 16, p. 655), que dans le silence de la loi, il n'est permis ni d'imposer un délai de rigueur pour la réquisition de la cédule, ni d'exiger des formalités qu'elle ne prescrit pas. On sera donc, tant que la péremption d'instance ne sera pas acquise, recevable à demander cédule, et il suffira d'observer les formalités ordinaires des citations, en énonçant la date du jugement et l'indication du lieu, du jour et de l'heure. **Carr.**

[[Nous persistons dans l'opinion qui a obtenu l'assentiment de M. Carré.]]

[[**152** ter. *Faut-il notifier trois jours à l'avance la liste des témoins qu'on veut faire entendre? En général, les formalités des enquêtes ordinaires doivent-elles être observées devant la justice de paix?*

M. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 94 et 95, qui manifeste une tendance décidée à rendre obligatoires, pour les enquêtes en justice de paix, presque toutes les formalités exigées par le Code de proc. pour les enquêtes ordinaires, se prononce notamment pour l'observation de celle qui fait l'objet de cette question.

Nous ne dissimulerons pas que nous trouverions bon et utile qu'on agît ainsi, mais nous pensons qu'il n'a pas été dans l'esprit de la loi d'exiger rigoureusement cette procédure, et qu'elle a entendu favoriser, au contraire, tout ce qui tend à diminuer le temps et les frais.

Nous ne partageons donc pas l'opinion de M. Pigeau, qui a été également repoussée par un arrêt de la Cour de cassation, du 2 juillet 1835 (*J. Av.*, t. 49, p. 591). Cet arrêt a rejeté le pourvoi contre un jugement du tribunal de Coutances, qui avait déclaré, comme nous le faisons nous-mêmes, en se fondant principalement sur ce qu'il est reconnu par les auteurs et la jurisprudence, que le juge de paix peut entendre les témoins produits, même sans citation, par les parties, d'où il suit nécessairement que la liste des témoins à entendre ne doit pas être notifiée.

La Cour suprême s'est décidée par un motif plus général; c'est que les sept articles du titre 7, liv. Ier du Code de proc. civ., contiennent *tout* ce qui doit être observé pour les enquêtes devant les juges de paix.

Le 13 janvier 1836 (*J. Av.*, t. 50, p. 38), elle a persisté dans sa jurisprudence, en considérant que les délais, prorogation et déchéances, mentionnés en matière d'enquête par les art. 256 et suiv du Code de proc. civ., ne s'appliquent pas aux preuves testimoniales de la compétence des juges de paix.]]

153. *Les parents, alliés, serviteurs ou domestiques des parties, peuvent-ils être entendus par le juge de paix?*

Les auteurs des *Annales du Notariat* (Comm., t. 1, p. 71), remarquent que l'art 35 ne dit pas qu'on ne pourra recevoir les dépositions de ceux des témoins qui seraient parents, alliés ou serviteurs des parties. Ils en concluent qu'ils doivent être entendus, sauf à avoir à leurs dépositions tel égard que de raison.

Nous n'entendons point combattre cette opinion; mais nous pensons qu'il n'y a lieu d'entendre ces témoins, qu'autant qu'aucune des parties ne les a reprochés à raison de leur qualité. En effet, la décision sur les reproches doit

toujours précéder l'audition. C'est pour cela que l'art. 36 veut qu'ils soient fournis avant la déposition ; et nous avons dit que l'on devait admettre, en justice de paix, les causes de reproches mentionnées en l'art. 283, et qu'il était inutile, dans ces justices, d'entendre les témoins reprochés. Il n'y a donc lieu à l'audition qu'autant que les reproches ont été fournis et jugés mal fondés.

[[Nous pensons que les parents des parties, au degré désigné par l'art. 268, ne doivent nullement être entendus. La disposition de cet article est, en effet, l'expression d'une règle naturelle toujours applicable dans le silence de la loi écrite.]]

154. *Y aurait-il lieu à réformation d'un jugement sujet à l'appel, si le juge de paix avait omis de faire déclarer aux témoins s'ils sont parents ou alliés, et à quel degré, ou s'ils sont serviteurs ou domestiques?*

Oui, puisque la négligence du juge à faire l'interpellation prescrite aurait empêché la partie d'user de la faculté de reprocher les témoins. (DEMIAU, p. 40.)

[[Il est bien entendu que la réformation ne devrait être prononcée qu'autant qu'il serait certain que l'omission eût porté préjudice à l'appelant ; car il n'y a point de nullité de forme, *Quest.* 156 *bis.*]] **Supp. alph.**, v° *Just. de paix*, n. 102.

155. *Si, au jour indiqué pour l'enquête, aucune des parties ne se présente, le juge de paix pourra-t-il procéder à l'audition des témoins?*

Si la cause est susceptible d'appel, il n'y a pas de doute qu'on ne doive procéder à l'audition des témoins, parce qu'on rédige alors un procès-verbal d'enquête qui peut être dressé tant en présence qu'en l'absence des parties légalement citées ; il y est fait mention de la non-comparution, et celles qui sont absentes sont réputées n'avoir pas voulu assister à l'enquête.

La difficulté se présente lorsque la cause n'est pas sujette à l'appel ; car, dans ce cas, l'enquête ne peut être constatée que par le jugement : or, comment rendre un jugement, quand ni le demandeur ni le défendeur ne se présentent? Et cependant que deviendront les témoins, leur indemnité ?

M. LEPAGE, p. 87 de ses *Quest.*, estime néanmoins que le juge doit procéder à l'audition des témoins.

Mais M. Dumoulin, dans la *Biblioth. du Barr.*, 1re part., 1810, p. 233, estime, au contraire, que, dans les causes qui ne sont pas sujettes à l'appel, le juge ne peut entendre les témoins. « Dans ce cas, dit-il, les témoins sont entendus « le jour même où les moyens de défense doivent être proposés, et le juge- « ment doit être prononcé à la même audience (art. 39). Cependant la justice « ne peut être administrée qu'à ceux qui en réclament l'autorité ; les parties, « en ne comparaissant pas, sont présumées s'être désistées de l'instance : le « juge ne peut alors continuer d'en connaître. »

Dans ce conflit d'opinions nous croyons devoir suivre celle de M. Lepage. Et voici comment nous estimons que le juge de paix doit agir, soit qu'il s'agisse d'une enquête, soit qu'il s'agisse d'une expertise ; car la question peut se présenter dans les deux cas.

Remarquons d'abord que si le juge de paix a ordonné une enquête ou une expertise, ce n'est point à lui d'assigner ni les témoins ni les experts ; la partie la plus diligente doit obtenir, dans la forme prescrite par l'art. 29, une cédule pour appeler soit les uns, soit les autres.

Or, il peut se présenter trois cas : ou aucune des parties ne requiert cédule ; ou l'une d'elles l'ayant obtenue, n'en fait pas usage : ou l'une d'elles l'obtient, et appelle les témoins ou les experts.

Dans le premier et dans le second cas, la procédure sera arrêtée; le juge ne pourra juger. Si les parties s'en tiennent là, si aucune d'elles ne fait d'autres suites pendant quatre mois, à partir de l'interlocutoire, l'instance sera périmée, suivant l'art. 15 sans qu'on puisse dire que ce soit par la faute du juge de paix.

Dans le troisième cas on ne peut pas dire que les parties aient abandonné l'instance; le juge de paix est mis en état de compléter l'exécution de son jugement interlocutoire; il ne tient qu'à lui de recevoir les dépositions des témoins, de faire opérer les experts.

Il peut et doit faire tout cela, tant en présence qu'en l'absence des parties : il sera en faute s'il ne le fait pas, puisque les art. 36, 262 et 307, et l'esprit de l'art. 42, l'y autorisent évidemment, et qu'il doit user des moyens qu'il a désirés et qu'on lui fournit pour l'instruire de la vérité. Si les parties ne se présentent pas pour reprocher les témoins ou récuser les experts, il doit présumer qu'elles n'ont ni moyens de reproches ni moyens de récusation, et qu'elles se réfèrent à sa justice et à leur véracité.

L'enquête étant faite, ou l'expertise ayant eu lieu, la cause est en état d'être jugée; le juge peut statuer définitivement et immédiatement après l'enquête ou l'expertise; il doit statuer, au plus tard, à la première audience, pour se conformer au vœu des art. 13 et 39, et il devra du moins le faire dans le délai de quatre mois du jour de son interlocutoire, pour n être pas sujet, suivant l'art. 15, aux dommages-intérêts.

S'il juge à la charge d'appel, il se conformera aux art. 39 et 42; si, au contraire, il doit juger en dernier ressort, et qu'il ne puisse pas le faire immédiatement après l'enquête ou l'expertise, la loi ne pouvant entendre dans aucun cas lui prescrire l'impossible, il peut prendre note de ce que les art. 40 et 43 lui ordonnent d'énoncer dans son jugement définitif, relativement aux témoins et aux experts, aux dépositions des uns et à l'avis des autres.

[[Ces solutions, que reproduit M. THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 109, sont parfaitement conformes aux dispositions combinées de la loi.]] **Supp. alph.**, n. 100.

156. *Si les témoins, au lieu de prêter serment, ont fait une simple promesse de dire la vérité, l'enquête sera-t-elle nulle?*

Non, parce que le Code de procédure n'a pas attaché la peine de nullité à la disposition de l'art. 35. (Cass., 19 avril 1810, *S.*, t. 10, 1re part., p. 228, et *J. Av.*, t. 16, p. 606.)

[[MM. BERRIAT-SAINT-PRIX, p. 375, not. 11, et p. 296, not. 59; et FAVARD DE LANGLADE, t. 2, p. 372, approuvent, comme nous, cette décision.]]

Add. — 156 bis. *Suit-il de la solution donnée sur la* Quest. 156 *que l'omission des formalités prescrites pour l'audition des témoins en justice de paix n'emporte jamais la peine de nullité?*

L'affirmative de cette question est une conséquence, non-seulement de la solution dont il s'agit, mais encore de la doctrine que nous avons professée ci-dessus. **Carr.**

[[MM. THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 110, et CURASSON, t. 1. p. 104, n° 16, pensent également que la peine de nullité ne doit jamais être prononcée. M. PIGEAU *Comm.*, t. 1, p. 95, répugne à cette doctrine, et il explique comment il se fait qu'aucun des articles du livre Ier ne prononce cette peine; c'est que les rédacteurs de ce livre n'adop aient pas le principe de l'art. 1033, et pensaient qu'il suffisait qu'une formalité fût prescrite par la loi pour être obligatoire; mais l'art. 1033 ayant été adopté au conseil, les mêmes commissaires ne furent pas

appelés à la révision, et l'anomalie subsista. Quoi qu'il en soit, cette observation ne nous paraît pas devoir atténuer ou restreindre la force légale de l'art. 1033.]] Supp., p. 31.

ART. 36. Ils seront entendus séparément, en présence des parties, si elles comparaissent : elles seront tenues de fournir leurs reproches (1) avant la déposition, et de les signer ; si elles ne le savent ou ne le peuvent, il en sera fait mention : les reproches ne pourront être reçus après la déposition commencée, qu'autant qu'ils seront justifiés par écrit.

Tarif, 24. — [Notre Comm. du Tarif, t. 1, p. 28 à 31, n°s 7 à 20.] — Loi du 26 oct., tit. 4, art. 3 — Ordonn. de 1667, tit. 17, art. 9, et tit. 12, art. 15 et 16 combinés. — Code de proc., art. 40, 283. — Code d'inst. crim., art. 510. — Décret du 14 mai 1813. — [Notre Dictionnaire général de Procédure, v^is *Enquête*, n°s 327 à 330 ; *Juge de paix*, n°s 124 et 125. — Armand Dalloz, v^o *Enquête*, n°s 315 à 317, — Carré, *Justice de paix*, t. 4, p. 105 à 107, n°s 2857 à 2861. — Locré, t. 21, p. 387, n° 18, p. 521, n° 8, et p. 561, n° 17. — QUESTIONS TRAITÉES : Y aurait-il nullité si les témoins avaient été entendus les uns en présence des autres ? *Q.* 157 — Les reproches proposés contre les témoins, dans une affaire susceptible d'être jugée en dernier ressort, doivent-ils être signés par les parties ? *Q.* 158. — Faut-il appliquer en justice de paix l'art. 284, qui veut que les témoins reprochés soient entendus ? *Q.* 159. — Les causes pour lesquelles un témoin peut-être reproché en justice de paix, sont-elles les mêmes que celles qu'on trouve exprimée, dans l'art. 283 ? *Q.* 160. — La partie qui ne s'est pas présentée à l'enquête peut-elle proposer des moyens de reproche dans l'intervalle qui s'écouterait entre cette enquête et le jugement ? *Q.* 161. — Doit-on porter en taxe l'indemnité réclamée par un témoin qui dépose devant le juge de paix ? *Q.* 162 — Le juge de paix commis par un tribunal de première instance ou par une cour, à l'effet d'entendre des témoins, doit-il procéder à l'enquête suivant la forme établie par le tit. 7, du liv. 1er du Code qui règle la procédure à faire devant lui en matière d'enquête, ou suivant celle qui est prescrite par le tit. 12 du liv 11 ? *Q.* 163. — D'après cette décision, une partie serait-elle recevable à intenter une action en dommages-intérêts contre un juge de paix commis, et par le fait duquel elle aurait encouru une déchéance de faire enquête ? *Q.* 163. *bis*. — Le tribunal, lorsqu'il ordonne que l'enquête sera faite hors du lieu où il siége, ne pourrait-il en confier la confection qu'à un juge commis par un tribunal qu'il désignerait ? *Q.* 164.]

XXIX. Lorsqu'il y avait lieu d'entendre des témoins, la loi de 1790, après avoir ordonné qu'ils s'expliqueraient en présence des parties, laissait à celles-ci la faculté de proposer leurs reproches, soit avant, soit après la déposition. Il a paru plus convenable de se rapprocher de la règle générale, qui veut que les reproches soient formés avant la déposition, et qui n'admet après que les reproches prouvés par écrit. C'était, en effet, le moyen d'éviter une foule de reproches dérisoires, enfantés par l'humeur de celui qui ne trouverait pas dans la déposition des témoins tout ce qu'il en attendait en faveur de sa cause : ces récusations tardives sont justement suspectes. (V. *Exposé des motifs et Rapport au trib.*)

157. *Y aurait-il nullité si les témoins avaient été entendus les uns en présence des autres ?*

Non, d'après ce que nous avons dit *suprà*, n° 156 *bis*.

[[Voy., *ibid.*, nos indications. C'est aussi l'opinion de M. THOMINE DESMAZURES, 1, p. 109.]]

---

(1) On donne le nom de *reproches* aux moyens que la loi autorise à employer contre les témoins, soit afin d'empêcher, en certains cas, qu'ils ne soient entendus, soit, dans les autres, qu'il ne soit ajouté à leurs dépositions la foi que mériterait celle d'un témoin que le défaut de reproches ferait présumer incapable de partialité.

158. *Les reproches proposés contre les témoins, dans une affaire susceptible d'être jugée en dernier ressort, doivent-ils être signés par les parties?*

L'art. 36 ne fait aucune distinction entre les affaires sujettes à l'appel et celles qui doivent être jugées en dernier ressort, et c'est de là que naît la difficulté, attendu que l'art. 40 dispose que, dans les premières, il ne sera point dressé de procès-verbal; or, comment les parties pourront-elles signer les reproches?

M. LEPAGE, dans ses *Questions*, pag. 86, et après lui M. DUMOULIN, dans la *Bibliothèque du Barreau*, 1810, 1re part., pag. 233, répondent que les reproches étant proposés verbalement, et que la loi voulant qu'il ne soit point tenu de procès-verbal d'enquête lorsque la cause doit être jugée en dernier ressort, ils ne peuvent être signés; qu'il suffit conséquemment de faire mention, dans le jugement, de l'allégation qui en a été faite, et d'en énoncer l'admission ou le rejet.

M. DELAPORTE, dans son *Comm.*, t. 1, pag. 33 et 34, dit, au contraire, que les reproches doivent être signés, puisque la loi ne distingue point. Dans le cas proposé, ajoute cet auteur, il doit toujours être dressé un procès-verbal des déclarations préliminaires des témoins, sur leur âge, profession, demeure, parenté ou alliance et reproches, lesquels doivent être signés, et ce procès-verbal forme alors le vu du jugement.

On pourrait répondre que la loi n'exige point ce *procès-verbal*, et qu'elle semble au contraire l'interdire. Il faut bien, à la vérité, que le greffier, pour faciliter la rédaction du jugement, tienne note des choses qui feraient la matière du procès-verbal dont parle M. Delaporte; mais comme ces notes ne constituent point un procès-verbal, puisque, n'étant point exigées par la loi, elles n'ont aucun caractère d'authenticité, nous ne pensons pas qu'il soit nécessaire que la partie signe les reproches qui y seraient inscrits, et nous partageons l'opinion de MM. Lepage et Dumoulin.

[[Il nous paraît évident que la disposition de l'art. 40 contient une dérogation à celle de l'art. 36, en ce qui concerne la signature des reproches, puisqu'il est prescrit simplement par l'art. 40, de *mentionner* les reproches dans le jugement. Néanmoins, M. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 97, exige la signature dans le cas du jugement comme dans celui du procès-verbal.]]

159. *Faut-il appliquer en justice de paix l'art. 284, qui veut que les témoins reprochés soient entendus?*

Quoique un témoin soit reproché, il n'en doit pas moins être entendu, dit M. COMMAILLE, t. 1, p. 91, l'art. 284 disposant ainsi : *Le témoin reproché sera entendu dans sa déposition.*

On pourrait opposer contre cette assertion, l'arrêt de la Cour de cassation rapporté sur l'art. 20 (93e *Question*) [[et celui que nous avons cité sous la *Quest.* 152 *ter*.]]; mais M. LEVASSEUR, t. 1, p. 57, donne pour la détruire des raisons tirées de la différence qui existe entre l'enquête faite en justice de paix et l'enquête faite dans les tribunaux civils (1), et elles nous semblent de na-

(1) « L'enquête devant le tribunal civil, « dit ce jurisconsulte, se fait devant un « commissaire du tribunal, qui ne peut « juger des reproches, mais seulement les « constater. Il est nécessaire qu'il entende « le témoin reproché, parce qu'il ignore si « le reproche sera admis ou rejeté. Mais, « en la justice de paix, le juge, qui com- « pose à lui seul le tribunal, peut décider « sur-le-champ du mérite du reproche. S'il « le trouve fondé, point de raison de rece- « voir une déposition inutile.

« On soutiendra peut-être qu'il faut en- « tendre le témoin reproché, au moins

ture à faire décider que, dans le cas où le juge de paix trouve que les reproches faits contre un témoin, avant sa déposition, sont fondés, il serait inutile de recevoir une déposition à laquelle on ne doit avoir aucun égard. Au surplus, comme il n'y aurait point de nullité à entendre le témoin et à constater sa déposition, rien n'empêcherait le juge de paix de le faire, dans les circonstances où il présumerait, à raison de la gravité du reproche, que l'on se fit en appel un grief du rejet qu'il aurait prononcé.

Mais on sent que si le juge de paix était commis par un tribunal, à l'effet d'entendre des témoins, il devrait nécessairement faire écrire la déposition de celui qui serait reproché, puisque en ce cas il ne serait pas juge du mérite du reproche. (*V.* LOCRÉ, t. 1, p. 86.)

Add.—M. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 77, pense que si le juge de paix est en état de juger le reproche d'après les explications et justifications qui lui auraient été fournies, il peut statuer sur ce reproche avant la déposition, en deux cas : le premier, si l'enquête se fait un des jours d'audience, et au lieu des audiences; le second, si elle se fait simultanément avec une descente ou visite, d'après l'art. 38. Alors, ajoute-t-il, le témoin n'est point entendu; autrement il doit l'être, sauf à statuer sur le reproche après la déposition.

Nous avons, au contraire, décidé que le juge de paix étant tout à la fois juge du reproche et du mérite de l'enquête, il est toujours inutile qu'il entende le témoin avant de juger le reproche, et nous persistons dans cette opinion. Nous ne saurions d'ailleurs imaginer le motif de la distinction que fait M. Pigeau; en effet, les reproches ne peuvent jamais être fournis qu'à l'audience et un jour d'audience, ou sur les lieux contentieux simultanément avec une descente ou visite. On ne peut donc supposer qu'il existe d'autres cas où les reproches pourraient être proposés autrement, et dans lesquels le juge de paix aurait à entendre un témoin reproché.

Peut-être, et c'est ce qui nous semble probable, n'a-t-il voulu dire autre chose, si ce n'est que le juge de paix doit entendre les témoins, lorsqu'il n'est pas assez éclairé pour statuer immédiatement sur le reproche. Mais il ne serait pas plus conforme à l'esprit du Code, qui est de simplifier la procédure de surseoir à entendre le témoin jusqu'à ce qu'il soit possible de statuer sur le reproche, attendu que le jugement à rendre à cet égard est un préalable nécessaire à remplir, pour que le juge de paix sache s'il doit ou non procéder à l'audition du témoin.

« dans les causes sujettes à l'appel. Si le « juge de paix, dira-t-on, ne peut avoir « égard à la déposition d'un témoin contre « lequel on produit un reproche qui lui paraît fondé, le tribunal civil peut, sur l'appel, avoir égard à la même déposition, « s'il estime le reproche mal fondé : il faut « donc que la déposition de ce témoin soit « reçue et constatée par écrit, afin de « mettre le tribunal d'appel à portée de terminer la contestation, dans le cas où il « estimerait le reproche mal fondé.

« La réponse est facile : Le juge de paix, « quoique jugeant en première instance, « doit se conduire d'après ses propres lumières. Ainsi, lorsqu'il trouve le reproche fondé, il doit refuser d'entendre le « témoin. Si le tribunal civil, jugeant en « appel, après avoir décidé au contraire le « reproche mal fondé, estime que la déposition peut être utile au jugement de la « cause, il ordonne que le témoin soit entendu. »

[Cette opinion est combattue par M. Victor Augier, *Encyclop. des Juges de paix*, t. 3, p. 70. « Comme le tribunal peut apprécier le reproche différemment que le juge de paix, nous pensons, dit cet auteur, que la déposition du témoin reproché doit être consignée au procès-verbal. » Les observations qu'on vient de lire répondent suffisamment à cette objection. La Cour de cassation a d'ailleurs sanctionné le système de M. Levasseur, par un arrêt du 2 juillet 1855 (*J. Av.*, t. 49, p. 591).]

Remarquons, en outre, que si le juge de paix recevait la déposition avant d'avoir statué sur le reproche, il serait à craindre, bien qu'il l'admît ensuite que cette déposition n'eût néanmoins quelque influence sur sa décision au fond **Carr.**

[[Il nous semble que le système de MM. Levasseur et Carré est plus clair et plus conforme à l'esprit de la loi. Voir notre observation à la note.]]

160. *Les causes pour lesquelles un témoin peut être reproché en justice de paix, sont-elles les mêmes que celles qu'on trouve exprimées dans l'art.* 283?

Puisque le Code de procédure n'a point assigné de causes de reproches particulières aux témoins à entendre en justice de paix, il faut bien suppléer à son silence par les dispositions de l'art. 283, quoique cet article se trouve placé dans un livre relatif aux tribunaux inférieurs; autrement on laisserait au juge de paix à déterminer ces causes, et cette détermination serait arbitraire.

Ici l'on ne peut opposer les arrêts de la Cour de cassation rapportés sur les *Questions* 93 et 152 *ter;* car il ne s'agit point de suppléer des formalités de procédure; il ne s'agit que d'interpréter le silence de la loi, qui, au livre de la justice de paix, ne fixe point les causes de reproches, et dit néanmoins, et d'une manière très expresse, que les témoins peuvent être reprochés. (Voy. *Questions de Lepage*, *introduction*, p. 49; LOCRÉ, t. 21, p. 387, n° 18.)

[[C'est aussi l'avis de M. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 97. Comment déterminer, en effet, les causes de reproche si on refuse de s'en référer à l'art. 283?]] **Supp. alph.**, n. 109.

161. *La partie qui ne s'est pas présentée à l'enquête peut-elle proposer des moyens de reproches dans l'intervalle qui s'écoulerait entre cette enquête et le jugement?*

La négative de cette question ne peut souffrir aucune difficulté, dans le cas où l'enquête a été ordonnée contradictoirement et en présence des parties elles sont réputées savoir le jour auquel il doit être procédé à l'enquête. Si l'une d'elles ne se présente pas, c'est sa faute; l'enquête n'est pas moins censée contradictoire; son absence fait présumer qu'elle n'avait aucun reproche à proposer, ou qu'elle a renoncé à cette faculté : dès lors, aux termes de l'article, il ne lui reste plus que la ressource des reproches justifiés par écrit.

Si le jugement, bien que contradictoire, n'a pas été rendu en présence des parties, il doit leur être signifié, puisque l'art. 28 n'exclut la signification des jugements non définitifs, que pour le cas où ils ont été tout à la fois rendus en contradictoire défense, et *prononcés* en présence des parties. Or, la signification du jugement avertit la partie de se présenter à la confection de l'enquête : on peut donc appliquer à ce cas ce que l'on vient de dire pour celui où le jugement contradictoire aurait été rendu en sa présence.

De même, si le jugement interlocutoire a été rendu par défaut, comme l'opposition suspend l'exécution, ainsi que nous l'avons dit *suprà*, nos 78 et 94, il est évident que la partie qui laisse exécuter le jugement sans formaliser son opposition, doit s'imputer la faute de ne pas comparaître, puisque ce jugement devant lui être signifié, aux termes de l'art. 20, elle a été avertie du jour de son exécution. Ainsi, dans ce dernier cas encore, elle ne peut proposer, après la confection de l'enquête, que les seuls moyens de reproches qu'elle justifierait par écrit. Au surplus, nous ne supposerons pas que l'enquête ait eu lieu pendant les délais de l'opposition, parce qu'il est du devoir du juge de paix de ne délivrer cédule pour entendre les témoins, qu'après l'expiration de ce délai. (Arg. de l'art. 55.)

[[Nous pensons, avec M. DEMIAU-CROUZILHAC, p. 40, que si la partie se trouve dans un de ces cas prévus par l'art. 21, où elle n'aurait pu connaître la procédure, il serait conforme à l'esprit de la loi de la relever de sa déchéance, et l'admettre les reproches. Mais dans le cas d'un jugement contradictoire, nous partageons complétement l'avis de M. Carré.]]

162. *Doit-on porter en taxe l'indemnité réclamée par un témoin qui dépose devant le juge de paix?*

M. Dumoulin, *Bibliothèque du Barreau*, 1810, 1re part., p. 232, maintient la négative (1).

Cette opinion ne paraît pas fondée, puisque l'art. 24 du décret du 16 février 1807, concernant le tarif des frais et dépens, porte taxe pour les témoins entendus par les juges de paix. Or, tous les frais taxés au tarif sont supportés par la partie qui succombe.

[[Ceci est incontestable. *V.* M. PICEAU, *Comm.*, t. 1, p. 97, et notre *Comm. du Tarif*, t. 1, p. 29, nos 12 à 20.]]

163. *Le juge de paix commis par un tribunal de première instance ou par une Cour, à l'effet d'entendre des témoins, doit-il procéder à l'enquête suivant la forme établie par le tit.* 7 *du liv.* 1er *du Code, qui règle la procédure à faire devant lui en matière d'enquête, ou suivant celle prescrite par le tit.* 12 *du liv.* II?

L'arrêt de la Cour de cassation, rapporté sur la 93e *Question*, ne fournit point encore de raisons suffisantes pour décider que le juge de paix n'est tenu qu'à suivre les formalités que le Code a tracées pour les enquêtes qu'il aurait ordonnées lui-même.

On opposerait que l'espèce est différente, puisque le juge de paix délégué par un tribunal de première instance n'agit plus comme juge de paix, mais comme commissaire du tribunal.

On conclurait de là qu'il doit procéder comme procéderait un commissaire choisi parmi les membres de ce tribunal lui-même, et on appuierait cette conséquence de la considération que l'on priverait arbitrairement les parties des avantages que peuvent leur présenter les formalités des enquêtes faites devant les tribunaux ordinaires, si le juge de paix commissaire n'était tenu qu'à suivre celles des enquêtes qui se font devant lui, dans les affaires qui lui sont soumises en sa qualité de juge de paix.

Cette question s'est présentée à la Cour d'appel de Rennes, dans une espèce où cette Cour ayant commis elle-même un juge de paix pour procéder à une enquête, il s'agissait de savoir si cette enquête était nulle, pour omission de la part de ce juge de plusieurs formalités prescrites par l'ordonnance de 1667

Par arrêt du 5 avril 1808 (*V. Journal* de la Cour de Rennes, t. 1 p. 107), la Cour rejeta les moyens de nullité (2) par des motifs qui s'appliqueraient éga-

---

(1) « Un témoin, dit-il, ne doit pas être « distrait de ses affaires sans indemnité : « elle ne peut donc lui être refusée. La loi « d'octobre 1790 ne dit pas si elle passera « en taxe ; la partie du Code de procédure « qui traite des justices de paix garde le « même silence. Cette omission ne peut « avoir été faite sans dessein : on veut par « là restreindre la faculté de faire des en- « quêtes dans des affaires qui, en général, « sont très simples. Une raison contraire « fait admettre la taxe dans les enquêtes or- « données par les tribunaux civils. »

(2) « Considérant que les juges de paix ont « une forme particulière d'instruction éta- « blie par la loi du 26 octobre 1790 ; que les « formalités d'enquête prescrites aux autres « tribunaux, par l'ordonnance de 1667, ne « leur sont point applicables ; que la Cour, « au lieu de commettre le juge de paix, au-

lement sous l'empire du Code de procédure actuel, puisqu'il prescrit, dans le premier livre de la première partie, une procédure particulière aux justices de paix, ainsi que l'avait fait la loi de 1790, et dispose (art. 392), comme l'ordonnance, que l'enquête déclarée nulle par la faute du juge-commissaire sera recommencée à ses frais (1).

[[Nous examinons cette Question au titre des enquetes ordinaires, sous le n° 985, à la note.]]

Add. — 163. bis. *D'apres cette décision, une partie serait-elle recevable à intenter une action en dommages-intérêts contre un juge de paix commis, et par le fait duquel elle aurait encouru une déchéance de faire enquête?*

Oui, sans doute, si la déchéance n'a été encourue que par la faute d'un juge de paix, mais non pas lorsque la partie aurait à s'imputer la faute de n'avoir pas mis le juge de paix en demeure de procéder à l'enquête dans les délais fixés par la loi. C'est pourquoi la Cour royale de Grenoble, par arrêt du 15 février 1828 (*J. Av.*, t. 36, p. 98), a jugé que l'action dont il s'agit n'est pas recevable dans l'espèce où la partie demanderesse ne justifierait pas s'être

---

« rait pu commettre le tribunal d'arrondis-« sement; mais qu'ayant déféré la commis-« sion à un juge de paix, elle n'a pu lui « attribuer d'autres droits ni lui imposer « d'autres devoirs que ceux qui gouvernent « les justices de paix; que la loi de 1790 est, « quant à la forme de procéder, le seul Code « de sa juridiction patriarcale, affranchie « des entraves d'une instruction solennelle; « qu'on ne peut pas dire que ce ne soit pas « comme juge de paix que le commissaire « de la Cour a procédé, ce commissaire « n'ayant pas d'autres titres; qu'en le com-« mettant, il n'a pu être dans l'intention de « la Cour de le rendre responsable de l'omis-« sion de formes qui sont censées lui être « inconnues, la loi qui le régit ne les lui « ayant pas prescrites; ce qui serait cepen-« dant, en dernière analyse, et conformé-ment même à l'ordonnance de 1667, le résultat de la nullité proposée, dans la-« quelle il n'y a rien du fait personnel de la « partie. »

(1) La même Cour de Rennes nous paraît avoir préjugé, dans les considérants d'un arrêt du 18 avril 1810, rapporté au t. 1 du Journ. de ses arrêts, p. 105, la même solution d'une question semblable élevée sous l'empire du Code. Nonobstant ces décisions, le juge de paix agira prudemment en se conformant aux dispositions du tit. 12 du liv. 2 du Code de procédure. Au reste, nous ne pensons pas que la circonstance que l'enquête se fait devant un juge de paix délégué dispense les parties des obligations que ce même titre leur impose.

La Cour de Paris, le 26 juin 1809, a décidé la question de la meme manière, mais celle de Montpellier a jugé le contraire. (*V.* le *Recueil de la Jurisp. des Cours souv. sur la Procéd.*, par M. Coffinières, t. 3, p. 344.)

M. Demiau, p. 206, partage entierement notre opinion, en ajoutant que l'enquête faite par un juge de paix est nulle, s'il a procédé suivant les simples formalités prescrites pour sa juridiction.

Aucun arrêt de la Cour de cassation n'ayant encore décidé cette question controversée, [on peut voir cependant un arrêt du 17 déc. 1811 (*J. Av.*, t. 11, p. 64, 2e espèce), qui la décide dans le même sens que M. Carré.] Nous persisterons dans notre opinion, et surtout par cette autre considération vraiment importante, que présente M. Demiau : « Les parties se trouveraient « privées des avantages que peuvent leur « offrir les formalités prescrites pour le tri-« bunal devant lequel elles ont plaidé, si le « juge de paix n'était obligé, comme *juge* « *commis*, qu'à suivre celles auxquelles il « serait assujetti dans les affaires qui lui « sont soumises en sa qualité de juge de « paix. »

Nous ferons observer, au reste, qu'en attendant que la jurisprudence soit définitivement fixée sur ce point, la prudence exige, afin de prévenir les contestations ultérieures, que les Cours et les tribunaux qui commettent un juge de paix lui prescrivent de se conformer aux dispositions du tit. 12 du liv. 2 de la première partie du Code.

Tel est l'usage adopté par la Cour royale de Rennes, comme on peut le voir par plusiers arrêts, et notamment par celui de la seconde chambre, du 19 juillet 1811.

pourvue légalement auprès de lui pour obtenir l'ordonnance prescrite par l'art. 259 du Code de procédure. **Carr.**

[[Cette décision est fort juste.]]

164. *Le tribunal, lorsqu'il ordonne que l'enquête sera faite hors du lieu où il siége, ne pourrait-il en confier la confection qu'à un juge commis par un tribunal qu'il désignerait?*

Il faut remarquer que l'art. 1035 a étendu la troisième disposition de l'article 255. Ainsi, le tribunal pourrait, d'après le premier de ces articles, commettre un juge ou même un juge de paix qu'il indiquerait lui-même dans le jugement, ou autoriser un tribunal qu'il désignerait à nommer, soit un de ses membres, soit un juge de paix.

La raison dit que le tribunal commettra toujours un juge de paix, lorsque l'enquête devra se faire dans son ressort, et qu'il conférera au tribunal du domicile des témoins la nomination du commissaire, si l'on doit procéder hors des limites de son territoire.

[[Cette question est également traitée par nous au titre des enquêtes ordinaires, sous le n° 985, où M. Carré ne fait que reproduire textuellement la présente question.]]

ART. 37. Les parties n'*interrompront* point les témoins : après la déposition, le juge pourra, sur la réquisition des parties, et même d'office, faire aux témoins les *interpellations* convenables (1).

Code de proc., art. 273, 276.—[Carré, *Justices de paix*, t. 4, p. 108, n° 2862.]

XXX. La première disposition de cet article trouve sa solution dans celles des art. 10, 11 et 12. La seconde est une conséquence de ce que le juge doit pouvoir user de tous les moyens d'éclairer sa conscience. (*V.* ci-dessus Comm. de l'art. 34, n° 27.)

[[MM. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 100, et THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 110, font les mêmes observations. Le juge lui-même ne doit adresser ses interpellations au témoin qu'après qu'il a déposé, de peur que l'interruption ne lui fasse perdre le fil de ses idées.]]

ART. 38. Dans tous les cas où la vue du lieu peut être utile pour intelligence des dépositions, et spécialement dans les actions pour déplacement de bornes, usurpations de terres, arbres, haies, fossés ou autres clôtures, et pour entreprises sur les cours d'eau (2), le juge de paix se transportera, s'il le croit nécessaire, sur le lieu, et ordonnera que les témoins y seront entendus.

Tarif, 8. — [Notre comm. du Tarif, t. 1., p. 28, n° 7.]—Loi du 26 oct., tit. 4, art. 4 —Code de proc., art. 28, 30, 41.—[Arm. Dalloz, v° *Enquête*, n° 318. — Carré, *Compétence*, 2e part., liv. 1er, tit. 1er, ch. 6, art. 62, n° 41, éd., in-8°, t. 2, p. 69.—Carré, *Justices de paix*, t. 4, p. 108, n°s 2862 et 2863. — QUESTION TRAITÉE : Quelle est la peine qu'encourrait le témoin qui refuserait de comparaître? *Q.* 165.]

---

(1) *Interpellation.* C'est la sommation faite au témoin de donner une *explication* quelconque sur les faits dont il dépose, et sur leurs circonstances.

(2) *V.* notre *Traité des Lois d'organisation et de compétence*, art. 317.

XXXI. Dans les affaires de la nature de celles dont il s'agit ici, il serait difficile au juge de bien saisir les dépositions des témoins entendus à l'audience, et non sur les lieux. La loi, en lui enjoignant d'entendre les témoins sur les lieux, lorsqu'il croit nécessaire de les visiter, donne aux parties l'assurance que le juge appréciera d'autant mieux les dépositions et prononcera en toute connaissance de cause.

165. *Quelle est la peine qu'encourrait le témoin qui refuserait de comparaître?*

La loi du 26 octobre n'avait point parlé de ce cas, et il en est de même du Code, au titre que nous expliquons. Dans son silence, on doit se guider par les dispositions analogues, et, par conséquent, nous estimons que l'on doit appliquer les dispositions des art. 263 et suivants, parce qu'il y a nécessité de contraindre le témoin à obéir à justice.

[[En effet, dans le cas où le titre des justices de paix n'indique point la marche à suivre, et qu'il est nécessaire d'en adopter une, nous pensons qu'on doit déroger à la règle générale qui a été consacrée par les arrêts de la Cour de cassation, cités sous la *Quest.* 152 *ter.*]] **Supp. alph.**, v° *Just. de paix*, n. 101.

ART. 39. Dans les causes sujettes à l'appel, le greffier dressera procès-verbal de l'audition des témoins : cet acte contiendra leurs noms, âge, profession et demeure, leur serment de dire vérité, leur déclaration s'ils sont parents, alliés, serviteurs ou domestiques des parties, et les reproches qui auraient été fournis contre eux. Lecture de ce procès-verbal sera faite à chaque témoin pour la partie qui le concerne ; il signera sa déposition, ou mention sera faite qu'il ne sait ou ne peut signer. Le procès-verbal sera, en outre, signé par le juge et le greffier. Il sera procédé immédiatement au jugement, ou au plus tard à la première audience.

[Notre comm. du Tarif, t. 1, p. 31, n°s 22 à 24.]—Loi du 26 oct., tit. 4, art. 4.—Code de proc., art 15, 35, 274 et suiv ; 411 et 412. — [Notre Dict. gen. de proc., v°s *Juge de paix*, n°s 126, 127, 128, 130; *Enquête*, n°s 193, 553. — Arm. Dalloz, v° *Enquête*, n°s 318 et 319. — Carré, *Justices de paix*, t. 4, p. 109 à 111, n°s 2864 à 2870. — Locré, t. 21, p. 388, n° 19. — QUESTIONS TRAITÉES : Si la cause est sujette à appel, et qu'il soit interjeté après le jugement, doit-on délivrer le procès-verbal de l'enquête à l'appelant? *Q.* 166.—La mention qu'un témoin ne sait écrire équivaut-elle à la mention qu'il ne sait signer? *Q.* 167. — Faut-il étendre aux causes jugées en dernier ressort la disposition de l'art 39, qui porte qu'il sera procédé au jugement immédiatement après l'enquête, ou au plus tard à la première audience? *Q.* 168.—Si l'une des parties ne termine pas son enquête dans le jour fixé, le juge peut-il, sur sa demande, lui accorder une prorogation? *Q* 169. — Si les parties consentaient à proroger l'enquête, serait-il nécessaire qu'elles signassent leur consentement? *Q.* 169 *bis*.—Lorsqu'en justice de paix, dans une cause sujette à l'appel, le greffier n'a pas dressé procès-verbal de la déposition des témoins, le tribunal d'appel peut-il annuler le jugement rendu sur l'enquête pour violation de formes substantielles? *Q* 169 *ter* —Si l'enquête était nulle par la faute du juge de paix, devrait-elle être recommencée à ses frais? *Q.* 169 *quater*. — Dans cette dernière hypothèse, où il s'agit d'un jugement en dernier ressort, serait-ce au juge de paix devant lequel l'enquête a été faite qu'il appartiendrait de statuer sur les prétendus moyens de nullité? *Q* 169 *quinquiès*.—Le juge ne peut-il se transporter sur les lieux et y entendre les témoins qu'autant qu'il en aura été expressément requis par l'une des parties? *Q.* 170]

XXXII. Les dispositions qui précèdent sont fondées sur la nécessité de conserver les déclarations des témoins et de constater la nature des reproches, afin que le juge supérieur puisse apprécier, d'après les notions que lui fournit le procès-verbal du greffier, la décision sur le mérite de laquelle il doit statuer souverainement.

166. *Si la cause est sujette à appel, et qu'il soit interjeté après le jugement, doit-on délivrer le procès-verbal de l'enquête à l'appelant?*

Oui; car il est juste qu'il puisse en faire, devant le juge supérieur, l'usage qu'il croira convenable à ses intérêts. (*Ann. du Not.* comm., t. 1, p. 73 et 74.)

[[Cela est de toute évidence.]]

167. *La mention qu'un témoin ne sait écrire équivaut-elle à la mention qu'il ne sait signer?*

Cette question très importante, en ce qu'elle peut se présenter dans une foule de circonstances où la loi exige mention de l'impuissance de signer, et cela souvent à peine de nullité, a été résolue négativement par arrêt de la Cour de cassation, du 14 août 1807. (V. *J. P.*, 3e édit., t. 6, p. 261.)

De ce que quelqu'un ne sait pas écrire, il ne s'ensuit pas en effet qu'il ne sache signer.

Ainsi, lorsqu'un témoin ne peut *signer*, *faute de savoir écrire*, il faut le mentionner de la sorte, et non pas se borner à exprimer *qu'il ne sait écrire*. Nous ne croyons pas cependant qu'il y eût nullité de la déposition, si l'on agissait autrement, attendu que l'art. 39, en exigeant que l'on fasse mention que le témoin ne peut signer, ne porte point cette peine.

[[Nous adoptons ces solutions. *Voir* la *Quest.* 1082.]]

168 *Faut-il étendre aux causes jugées en dernier ressort la disposition de l'article* 39, *qui porte qu'il sera procédé au jugement immédiatement après l'enquête, ou au plus tard à la première audience?*

Le juge n'est pas obligé de juger dans un temps aussi rapproché; mais il convient qu'il le fasse. Pourquoi retarder le jugement, lorsque la cause est instruite? L'art. 4 du tit. 4 de la loi du 26 octobre 1790 ordonnait, sans distinction, de procéder au jugement aussitôt après l'audition des témoins. (*V.* LEVASSEUR, p. 59, n° 107.)

[[Ceci est abandonné à la sagesse du juge qui ne doit pas prolonger inutilement la durée du procès.]]

169. *Si l'une des parties ne termine pas son enquête dans le jour fixé, le juge peut-il, sur sa demande, lui accorder une prorogation?*

Comme la procédure est essentiellement sommaire, en justice de paix, et que l'art. 39 dispose que le jugement sera rendu au plus tard à la première audience, on pourrait douter, dit M. BIRET, t. 1, p. 209, que cette prorogation fût dans le cas d'être accordée. Cependant cet auteur estime que le silence de la loi n'est point prohibitif, et que les tribunaux de première instance étant autorisés à proroger le délai, il est juste de ne pas refuser aux parties, plaidant en justice de paix, ce qui leur serait accordé si elles plaidaient devant ces tribunaux. Nous sommes d'autant moins éloignés d'adopter cette opinion, qu'en justice de paix, la loi ne fixe point de délai fatal pour confectionner l'enquête : d'où suit qu'elle se continue de droit jusqu'à ce qu'elle soit complète (art. 267), et que l'obligation de rendre jugement immédiatement ou à la première audience ne commence qu'à cette époque. Il est donc vrai de dire qu'il n'y a lieu à demander prorogation en justice de paix, que dans le cas où des témoins feraient défaut (art. 265, 266), ou lorsqu'une partie, n'ayant pas complété sa preuve, voudrait faire entendre de nouveaux témoins. (ART. 279.)

[[M. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 98, continuant à appliquer son système, ensei-

gne qu'il y a pour commencer comme pour terminer les enquêtes en justice de paix, un délai fatal, comme pour les enquêtes ordinaires; et il le fixe arbitrairement à trois jours, parce que ce délai est celui des assignations et oppositions en justice de paix.

Nous avons assez témoigné jusqu'ici que ce système n'est point le nôtre, et l'arrêt de la Cour de cassation rapporté sous la *Quest.* 152 *ter*, nous sert toujours d'appui.

De la fixation d'un délai fatal, M. PIGEAU conclut que la prorogation ne doit être accordée qu'autant qu'elle est demandée dans les formes prescrites par les articles 279, 280 et 409. Nous devons adopter une conséquence opposée, et décider avec la Cour de cassation, que ces articles de sont pas applicables dans la matière qui nous occupe, que le juge de paix peut donc toujours accorder la prorogation s'il la juge utile et convenable, et qu'il peut aussi la refuser, s'il pense qu'il y a lenteur calculée de la part du plaideur qui n'a pas fait entendre ses témoins au jour indiqué, ainsi que l'a jugé la même Cour, le 19 juin 1832 (DALLOZ, 1332, 1re part., p. 339.]]

Add.—169 bis. *Si les parties consentaient à proroger l'enquête, serait-il nécessaire qu'elles signassent ce consentement.*

Par arrêt du 3 octobre 1808 (*J. Av.*, t. 16, p. 597), rendu à la vérité sous la loi du 26 octobre 1790, mais dont la doctrine s'applique évidemment à la législation actuelle, la Cour de cassation a décidé négativement, attendu que, lorsque le juge de paix est *saisi* du litige, aucune loi n'exige que les parties, ou leurs fondés de pouvoir, signent leurs dires, ni les arrangements qu'elles font à l'audience pour parvenir à l'instruction de la cause. **Carr.**

[[Cette décision nous paraît à l'abri de la critique.]]

Add.—169 ter. *Lorsqu'en justice de paix, dans une cause sujette à l'appel, le greffier n'a pas dressé procès-verbal de la déposition des témoins, le tribunal d'appel peut-il annuler le jugement rendu sur l'enquête pour violation de formes substantielles?*

On se tromperait évidemment, si l'on prétendait que cette question eût été jugée pour l'affirmative par un arrêt de la Cour de cassation du 24 janvier 1827 (*J. Av.*, t. 32, p. 301), qui a déclaré *nul* un jugement sur enquête, attendu que le greffier, au lieu de dresser le procès-verbal prescrit par l'art. 39, n'avait tenu que de simples notes. Le procès-verbal n'est point, en effet, une forme *substantielle* de la procédure en matière d'enquête; aussi la Cour n'a-t-elle point prononcé la nullité du jugement sur le motif d'une contravention de forme, mais seulement sur ce que les juges d'appel n'ayant pas cru trouver dans de simples notes des éléments suffisants pour apprécier la décision du juge de paix, avaient pu l'annuler. L'arrêt déclare, en outre, que la nullité fondée sur le défaut du procès-verbal prescrit par l'art. 39, n'était point de forme, mais constituait un moyen du fond. **Carr.**

[[M. THOMINE DESMAZURE, t. 1, p. 112, en citant l'arrêt du 24 janvier, tombe dans l'erreur que M. Carré voulait prévenir. L'interprétation donnée par ce dernier auteur nous paraît être la plus vraie.]] **Supp. alph.**, v° *Just. dep.*, n. 117.

Add. — 169 quater. *Si l'enquête était nulle par la faute du juge, devrait-elle être recommencée à ses frais?*

M. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 98 et 99, examine cette question en convenant, toutefois, que les cas dans lesquels une enquête pourrait être déclarée nulle sont très rares, et ne peuvent consister que dans une omission de formalités

tenant à l'essence de l'un des actes de l'enquête; par exemple, dit-il, si l'enquête n'est pas datée, si les noms, âges et professions des témoins n'y sont pas, ou y sont mis de manière qu'on n'en puisse pas faire une application certaine à des individus connus, si les dépositions ne sont pas signées, etc.

D'après la doctrine que nous avons proposée sur les nullités des procédures faites en justices de paix, nous n'admettrons point cette opinion d'une manière générale et absolue, et nous distinguerons le cas où le jugement est sujet à l'appel et celui où il aurait été rendu en dernier ressort.

Dans le premier cas, les contraventions dont parle M. Pigeau, et autres semblables, sur lesquelles la partie fonderait une demande en nullité de l'enquête ne pourraient être proposées que comme grief, devant le juge d'appel, qui, s'il reconnaissait que ces contraventions portent préjudice aux parties, ordonnerait que l'enquête serait recommencée aux frais du juge de paix par son suppléant.

Dans le second cas, ces mêmes contraventions n'obligeraient encore le juge qui les croirait constantes, à ordonner que l'enquête serait recommencée qu'autant qu'il reconnaîtrait que la partie intéressée en souffrirait dommage. **Carr.**

[[C'est-à-dire que la forme n'emporterait jamais le fond, et nous sommes de cet avis, qu'autorise suffisamment l'arrêt de la Cour de cassation du 19 avril 1810, cité sous la *Question* 156, mais dans tous les cas où l'enquête devrait être recommencée, ce serait, sans contredit, aux frais du juge de paix, qui ne peut jouir du privilége de faire impunément des actes inutiles et frustratoires. S'il s'agissait d'une enquête ordinaire, V. *sup.*, *Q.* 163 *bis*.]] **Supp.**, p. 32.

Add.—169 quinquies. *Dans la dernière hypothèse, où il s'agit d'un jugement en dernier ressort, serait-ce au juge de paix devant lequel l'enquête a été faite, qu'il appartiendrait de statuer sur les prétendus moyens de nullité?*

Sur cette question de compétence, nous adoptons entièrement l'opinion de M. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 98, en disant comme lui, que dans ce cas le juge de paix est récusable; que s'il s'abstient, la question d'invalidité de l'enquête sera jugée par son suppléant; que, s'il veut juger, la récusation sera portée devant le tribunal de première instance, dans les formes prescrites par l'art. 47.

Mais si la récusation n'était pas présentée, et que le juge ne s'abstînt pas comme on ne pourrait se pourvoir, ni par requête civile, ni en cassation, nous pensons que la partie doit s'imputer la faute de n'avoir pas formé la récusation qui, si elle eût été fondée, aurait été admise par le tribunal de première instance, lequel aurait renvoyé l'affaire devant un suppléant pour statuer sur la question dont il s'agit, et ordonner que l'enquête serait recommencée.

[[Nous approuvons aussi la marche indiquée par M. Pigeau.]]

170 *Le juge ne peut-il se transporter sur les lieux et y entendre les témoins, qu'autant qu'il en aura été expressément requis par l'une des parties?*

L'affirmative est formellement résolue par l'art. 8 du tarif, lequel ajoute que la mention de cette réquisition doit être inscrite au procès-verbal du juge, et qu'autrement, il ne serait rien alloué pour frais de transport.

[[M. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 101, approuve, comme nous, cette solution.]]

ART. 40. Dans les causes de nature à être jugées en dernier ressort, il ne sera point dressé de procès-verbal; mais le jugement énoncera les noms, âge, profession et demeure des témoins, leur serment, leur dé-

claration s'ils sont parents, alliés, serviteurs ou domestiques des parties, les reproches et le résultat des dépositions.

[Notre comm. du Tarif, t. 1, p. 31, n° 21.] — Code de proc., art. 28, 43, 410, 432. — Armand Dalloz, v° *Enquête*, n°s 320 et 321. — Carré, *justices de paix*, t. 4, p. 111 à 114, n°s 2871 à 2877. — Locré, t. 21, p. 388, n° 20 et p. 522, n° 9. — QUESTIONS TRAITÉES : Lorsque la cause est de nature à être jugée en premier ressort, le jugement doit-il contenir le résultat de chacune des dépositions, ou le résultat général de toutes les dépositions? *Q.* 171. — Si l'un ou plusieurs des témoins à entendre était trop éloigné, le juge de paix pourrait-il commettre, pour cette audition, le juge du lieu? *Q.* 171 *bis*.]

XXXIII. On sent que dans les causes où le juge de paix prononce souverainement, d'après le résultat de l'enquête, il serait d'autant plus frustratoire de dresser un procès-verbal des déclarations des témoins, que le pourvoi en cassation étant seul admis contre son jugement, et seulement encore pour cause d'excès de pouvoir, la Cour suprême n'a, sous aucun rapport, besoin de connaître ces déclarations.

171. *Lorsque la cause est de nature à être jugée en dernier ressort, le jugement doit-il contenir le résultat de chacune des dépositions, ou le résultat général de toutes les dépositions?*

M. DELAPORTE, dans son *Comm.*, t. 1, p. 35, pense qu'il suit de la disposition de l'art. 40 qu'il ne faut point écrire la déposition du témoin, mais énoncer le fait résultant *de sa déposition*, soit comme constant, soit comme n'existant pas.

C'est aussi l'opinion de M. LEPAGE, dans ses questions, p. 87.

Nous opposons, contre l'opinion de ces deux auteurs, celle de M. DUMOULIN, *Bibl. du Barr.*, 1re part., 1810, p. 234. Ce jurisconsulte fait observer que l'article 40 dit que le jugement énoncera *le résultat des dépositions*, et raisonne ainsi :

« Cette expression générale enveloppe toutes les dépositions ; elle indique « clairement que c'est après les avoir considérées dans leur ensemble qu'il « faut en présenter le résultat.

« Et, en effet, la cause, dans l'espèce, ne doit pas être portée devant des « juges supérieurs : il n'est donc pas nécessaire de constater l'importance de « chacune des dépositions ; ce soin exigerait des détails inutiles.

« Le législateur a voulu trouver, dans la désignation individuelle et précise « des témoins, la garantie de leur audition ; mais il ne faut pas induire de là « que l'énonciation du résultat de chaque déposition soit indispensable ; car, « indépendamment de l'obligation de rendre compte des noms, professions « des témoins, de leur prestation de serment, etc., on conçoit encore que le « jugement ne doit offrir que le résultat des dépositions des témoins prises en « masse. » (V. *Annales du Notariat*, comm., t. 1, p. 74, et les *formules* données par LEVASSEUR, p. 214.)

Add. — Notre opinon est adoptée par M. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 104. Ainsi, dit-il, il sera énoncé dans le prononcé : « Attendu qu'il résulte des déclarations ou des dépositions de *tels*, *telle chose*, ordonnons *telle chose*. » **Carr.**

[[C'est encore, et avec raison, l'avis de M. THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 112 et 113.]]

[[**171** bis. *Si l'un ou plusieurs des témoins à entendre étaient trop éloignés, le juge ne pourrait-il commettre, pour cette audition, le juge du lieu?*

Oui, d'après l'art. 1035, dont la disposition est générale, et suivant l'opinion de M. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 103. D'après ce même auteur, on devrait, en ce

cas, se conformer aux prescriptions des art. 266 et 412 du Code de procédure civile.

L'enquête doit donc être rédigée par écrit, et la minute du procès-verbal qui la contient, être envoyée par le greffier du juge commis au greffier du juge de la cause.

M. CARRÉ, dans son *Traité des justices de paix*, t. 4, p. 113, n° 2874, émet la même opinion.]]

TITRE VIII.

Des Visites des lieux et des Appréciations.

Dans ce titre se trouvent les dispositions relatives au transport du juge de paix seul, ou accompagné d'experts qu'il s'est adjoints.

Ainsi, la descente sur les lieux et les rapports d'experts, dont les tit. 13 et 14 du livre suivant font, pour les tribunaux ordinaires, deux voies d'instruction absolument distinctes, se trouvent, en justice de paix, confondus dans une seule.

C'est cette présence du juge aux opérations des experts, et la part qu'il prend à leur rapport, dans les cas prévus par la loi, qui distinguent la visite des lieux ordonnée en justices de paix, des descentes et expertises qui se font en exécution d'un jugement émané d'un tribunal civil ordinaire.

En renvoyant, pour les notions générales de doctrine, aux préliminaires des tit. 13 et 14, nous nous bornerons à remarquer ici que le juge de paix doit se contenter d'ordonner son transport, tant qu'il ne s'agit que de constater ou apprécier des dommages aux champs, fruits ou récoltes, des anticipations ou entreprises, des réparations locatives, des non-jouissances. Mais s'il s'agit de dégradations ou dommages faits à des ouvrages d'art qui exigent des connaissances particulières, il est de son devoir d'appeler des gens de cet art, pour faire la visite avec lui et lui donner leur avis. (Instruction du 18 novembre 1790.)

ART. 41. Lorsqu'il s'agira, soit de constater l'état des lieux, soit d'appécier la valeur des indemnités et dédommagements demandés, le juge de paix ordonnera que le lieu contentieux sera visité par lui, en présence des parties.

Tarif, 8 — [Notre comm. du Tarif, t. 1, p 32 et 34, nos 1 et 10.] — Loi du 26 oct., tit. 5, art, 1er, 38, 295 — Code de proc., art. 28. — [Notre Dict. gen. de proc., v° *Juge de paix*, n° 84. — Carre, *Justices de paix*, t. 4, p. 115 à 117, nos 2878 à 2881. — QUESTIONS TRAITÉES : Les mots *en présence des parties*, employés dans l'art. 41, supposent-ils qu'elles ne puissent se faire représenter par des fondés de pouvoirs? *Q.* 172 — Le juge de paix, devant lequel on élève une question de competence peut-il ordonner vérification des lieux pour se mettre à même de s'éclairer sur sa compétence? *Q.* 172*bis*.]

XXXIV. L'art. 41 reçoit particulièrement son application dans les contestations de la nature de celles qu'indiquent les art. 3 et 23. Lorsque les parties ne tombent pas d'accord, soit sur des faits respectivement articulés, ou sur l'état, la situation, la distance ou la mesure du terrain litigieux, soit sur le montant d'une indemnite reclamée, on a vu que le transport du juge ne pouvait être ordonne, pour l'intelligence des dépositions des temoins, qu'autant que les parties en auraient fait la réquisition formelle. Ici la disposition de la loi est formellement *impérative*, le juge *ordonnera :* d'où suit qu'il doit necessairement rendre un *avant faire droit* qui ordonne la visite, et qui mette chacune des parties à portée de s'y trouver pour veiller à ses intérêts.

[[L'art. 8 du tarif ne distingue pas ; il paraît exiger une réquisition dans le cas de l'art. 41, comme dans celui de l'art. 38; et c'est ainsi que l'entend M. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 105. Mais, au reste, cette réquisition n'est exigée que pour pouvoir passer en taxe les frais du transport. Si, en l'absence de toute réquisition, le juge de paix croyait de son devoir de se transporter sur les lieux, quoique, sans espoir d'indemnité, son zèle ne serait que louable, puisqu'il aurait pour but et pour résultat une décision mieux éclairée. C'est l'avis de M. CURASSON, t. 1, p. 112, n° 23.]] *Add.* **Supp. alph.**, v° *Just. de p.*, n. 123.

172. *Les mots* en présence des parties, *employés dans l'art.* 41, *supposent-ils qu'elles ne puissent se faire représenter par des fondés de pouvoir?*

On tient pour certain que les parties peuvent toujours se faire représenter par des fondés de pouvoir; et il est d'usage de les admettre à assister à la visite avec ces procurateurs, qui sont alors conseils, mais dont les salaires ou honoraires n'entrent point en taxe. On va jusqu'à recevoir les dires, observations ou réquisitions qu'ils font pour leurs parties, et on les insère au procès-verbal, s'il en est dressé : alors ils doivent les signer, ou l'on doit faire mention de leur impuissance ou de leur refus. (*V.* DELAPORTE, t. 1, p. 36.)

[[Il ne peut s'élever le moindre doute sur cette solution.]]

Add.—172 bis. *Le juge de paix devant lequel on élève une question de compétence, peut-il ordonner une vérification des lieux pour se mettre à même de s'éclairer sur sa compétence?*

L'affirmative a été décidée textuellement, par arrêt de la section des requêtes du 7 janvier 1829, seulement cité (*J. Av.*, t. 36, p. 159). Nous n'en avons pas trouvé le texte dans les autres recueils de jurisprudence, probablement parce que les auteurs auront pensé, comme M. Chauveau, qu'une telle question ne méritait pas la peine d'être discutée. Cependant, il est à présumer que le doute était fondé sur ce que l'art. 41 suppose que la visite ne sera ordonnée que dans le cas où il s'agit d'instruire *au fond;* mais comme, à moins que la loi ne l'interdise en termes formels, le juge a la faculté d'employer tous les moyens qu'il juge convenables pour son instruction, il s'ensuit évidemment que si la visite des lieux lui paraît nécessaire pour s'assurer de sa compétence, il a le droit de l'ordonner aussi bien que s'il s'agissait de la faire pour statuer sur le fond. **Carr.**

[[Nous persistons dans l'opinion que nous avions émise, et nous n'apercevons pas de difficulté dans cette question.]]

ART. 42. Si l'objet de la visite ou de l'appréciation exige des connaissances qui soient étrangères au juge, il ordonnera que les gens de l'art, qu'il nommera par le même jugement, feront la visite avec lui, et donneront leur avis: il pourra juger sur le lieu même, sans désemparer. Dans les causes sujettes à l'appel, le procès-verbal de la visite sera dressé par le greffier, qui constatera le serment prêté par les experts. Le procès-verbal sera signé par le juge, par le greffier et par les experts; et si les experts ne savent ou ne peuvent signer, il en sera fait mention.

Tarif, 21, 25 — [Notre comm. du Tarif, t. 1, p. 32 à 35, n°s 1 à 17.] — Loi du 26 oct., tit. 5, art. 2. — Code de proc., art. 29, 302, 322.—[Notre Dict. gén. de proc., v°s *Descente sur les lieux*, n°s 3 à 5; *Expertise*, n° 58.— Armand Dalloz, v° *Expertise*, n°s 337 à 348. — Carré, *Justices de paix*, t. 4, p. 117 à 121, n°s 2882 à 2892.—Locré, t. 21, p. 389, n° 21 —QUESTIONS TRAITÉES : Le juge de paix peut-il or-

donner un rapport d'expert sans ordonner une descente? *Q.* 172 *ter.* — L'art. 322 est-il applicable en justice de paix? *Q.* 173.—L'art. 302 est-il applicable en justice de paix? *Q.* 173 *bis.*— L'art. 42 portant que le juge de paix *nommera*, par le même jugement qui ordonnera la visite, des gens de l'art qui le feront avec lui, faut-il en conclure que cette nomination doit être nécessairement faite d'office? *Q.* 174 — Quel doit être le nombre des experts à nommer? *Q* 175.— Peut-on récuser les experts dans les justices de paix? *Q.* 176. — Le juge de paix est-il tenu de suivre l'avis des experts? *Q* 177.— Le juge de paix pourrait-il refuser l'insertion au procès-verbal de toutes les déclarations ou observations que les parties ou leurs fondés de pouvoirs pourraient faire sur les observations des experts? *Q.* 178.—La visite du juge et l'avis des experts peuvent-ils être constatés par des actes séparés? *Q.* 179.]

[[172 ter. *Le juge de paix peut-il ordonner un rapport d'experts sans ordonner une descente?*

M. THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 115, décide clairement qu'une expertise ordonnée par le juge de paix ne peut avoir lieu qu'en sa présence; il est lui-même, dit cet auteur, l'expert désigné par la loi : les gens de l'art ne sont que ses aides, que ses conseillers.

Il faut convenir que les dispositions et la rédaction de l'art. 42 sont bien faites pour accréditer cette opinion. « Il ordonnera, lisons-nous dans cet arti- « cle, que des gens de l'art *feront la visite avec* lui; et plus loin, le procès-ver- « bal *sera dressé par le greffier, signé par le juge, le greffier et les experts.* » Ne semble-t-il pas que ces officiers soient nécessairement toujours ensemble, et ne puissent opérer séparément? L'art. 43 paraît en être encore une autre preuve.

Le Code ne trace d'ailleurs aucune règle pour la dresse, le dépôt du rapport dans le cas où les experts procèderaient en l'absence du juge. Nouvel argument en faveur de la solution de M. Thomine Desmazures.

Cependant, à y bien réfléchir, nous croyons qu'on doit se décider pour l'opinion contraire. M. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 108 et 109, la professe sans difficulté, et il en tire une foule de conséquences pour l'application aux expertises qui se font devant les justices de paix des art. 302 et suiv., relatifs aux expertises devant les tribunaux ordinaires.

D'un autre côté, la Cour de cassation a déclaré, le 20 juillet 1837 (*J. P.*, t. 2 de 1837, p. 383), que le juge de paix ne commet pas un excès de pouvoir en basant sa sentence sur une expertise faite hors sa présence et celle des parties. Il est vrai que le jugement, contre lequel on dirigeait le pourvoi rejeté par la Cour, avait essayé de justifier la légalité de cette opération en rappelant qu'une visite des lieux contradictoire avait été précédemment faite par le juge, qu'il avait lui-même apprécié et évalué le dommage, et n'avait ensuite ordonné l'expertise que pour sa propre satisfaction; mais la Cour ne s'est pas arrêtée à cette précision : elle n'a mis aucune restriction à son approbation de la mesure arguée d'irrégularité.

Enfin, il est une considération puissante qui vient corroborer le poids de ces autorités.

On sait que le juge ne peut, d'après l'art. 8 du tarif, ordonner son transport que sur la réquisition de l'une des parties, à moins de s'exposer à supporter personnellement les frais de sa visite. Si l'expertise ne pouvait avoir lieu qu'en sa présence, il s'ensuivrait nécessairement qu'il ne pourrait non plus l'ordonner sans une semblable réquisition. Mais quel moyen lui resterait-il pour s'éclairer, si aucune des parties ne requérait? L'obligerait-on à juger sans connaissance de cause.

Il nous paraît donc que, dans le cas où la visite n'est pas requise, il doit dépendre du juge et de son pouvoir discrétionnaire d'ordonner une expertise qui aura lieu hors de sa présence.

C'est aussi l'avis de M. CURASSON, t. 1, p. 113, n° 25.]] **Supp. alph.**, v° *Just. de paix*, n. 135 et s.

173. *L'art.* 322 *est-il applicable en justice de paix ?*

Cet article ayant pour objet de donner au juge un moyen d'éclairer sa religion, on ne saurait assigner une raison valable pour interdire au juge de paix la faculté qu'il accorde à ceux des tribunaux civils d'arrondissement.

En effet, d'un côté, le magistrat ne peut être contraint à juger nonobstant l'incertitude où le laisserait le procès-verbal des experts; de l'autre, les parties seraient privées des avantages que leur eût offerts l'expertise, puisqu'un procès-verbal insuffisant est comme non avenu.

[[M. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 109, émet un avis conforme; au reste, cet auteur admet l'application de presque tous les articles relatifs aux expertises ordinaires. Il y a du moins pour celui-ci d'excellentes raisons de décider ainsi. C'est encore l'avis de M. CURASSON, t. 1, p. 114, n° 26.]]

Add. — 173 bis. *L'art.* 302 *est-il applicable en justice de paix ?*

Oui. **Carr.**

[[Il nous semble que l'art. 29 supplée à sa disposition.]]

174. *L'art.* 42 *portant que le juge de paix* nommera, *par le même jugement qui ordonnera la visite, des gens de l'art qui la feront avec lui, faut-il en conclure que cette nomination doive être nécessairement faite d'office ?*

La loi ne l'exige point; tout ce qui résulte des termes de l'article, c'est que la nomination doit être faite par le même jugement. Si donc les parties s'accordaient à l'instant sur le choix des gens de l'art, le juge nommerait ceux qu'elles auraient indiquées; mais si les parties n'étaient pas présentes, ou s'il s'élevait des débats sur le choix, la simplicité de la procédure exigerait que le juge nommât d'office les experts par le jugement même qui ordonnerait la visite. (*V. Quest.* de LEPAGE, p. 88; DELAPORTE, t. 1, p. 37; *Biblioth. du Barr.*, 1810, 1re part., p. 234 et 245.)

Add. — Aux autorités que nous avons citées, nous joignons celles de MM. BERRIAT-SAINT-PRIX, p. 203, not. 9, et PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 105. Mais M. CHAUVEAU ADOLPHE, *J. Av.*, v° *Descente de lieux*, tout en disant que la question lui paraît décidée dans un sens contraire par le texte de l'art. 42, estime néanmoins que rien ne s'oppose à ce que le juge prenne préalablement l'avis des parties, sans que cependant il soit tenu de suivre le choix qu'elles auront indiqué, sauf le droit de récuser qui leur reste.

Nous adoptons cette modification apportée à notre opinion par l'honorable arrêtiste, et voici la raison qui nous détermine à décider aujourd'hui que les parties ne pourraient se plaindre légalement de ce que le juge de paix eût nommé les experts d'office, sans les avoir préalablement consultées ou sans avoir égard à leurs indications : c'est que l'art. 42 renouvelle la même disposition de l'art. 2 du tit. 5 de la loi du 26 octobre 1790. Or, la formule de jugement donnée dans l'instruction déjà cité détermine le sens de cet art. 2, suivant l'opinion de M. Chauveau Adolphe, puisqu'on y lit ces mots : « Attendu « qu'il s'agit d'ouvrages sur lesquels l'avis des gens de l'art nous est néces- « saire, nous ordonnons que le sieur Mouton, architecte, demeurant à....., et « le sieur Pascal, charpentier, demeurant à....., que nommons à cet effet, se- « ront cités à se trouver audit moulin, pour y faire la visite avec nous, et nous « donner leur avis, etc. » **Carr.**

[[M. THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 115, embrasse notre avis; il ajoute que si le juge de paix s'était trompé dans le choix des experts, il pourrait les révoquer, pourvu que ce fût en présence des parties; il en est de même de

M CURASSON, t. 1, p. 113. M. PIGEAU poursuit son système, appliquant les articles des expertises devant les tribunaux et décidant que la nomination d'office n'a lieu qu'à défaut de nomination amiable, et que celle-ci peut encore avoir lieu dans les trois jours qui suivent le jugement, etc.....]]

175. *Quel doit être le nombre des experts à nommer ?*

Les experts, dans les justices de paix, ne rédigent pas à la vérité de procès-verbal ; mais dans les causes sujettes à appel, le greffier doit tenir un procès-verbal ; et dans les causes non susceptibles d'appel, on doit, aux termes de l'art. 43, insérer au jugement le résultat de l'expertise. On sent qu'en ces deux cas, il doit être présenté un seul avis : il faut donc qu'il ait été nommé un ou trois experts. C'est d'ailleurs l'esprit général du Code (art. 303) ; il veut éviter le partage d'avis qui pourrait embarrasser le juge dans sa décision, ou rendre nécessaire une nouvelle expertise. (*V. Quest.* de LEPAGE, p. 89 ; DELAPORTE, t. 1, p. 37 ; *Biblioth. du Barr.*, 1re part., 1810, p. 235.)

[[Nous croyons que le juge de paix fera sagement de se conformer à ce sentiment quoique aucune loi positive ne l'y oblige, mais dans le système de M. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 106, il faut toujours trois experts, à moins que les parties, maîtresses de leurs droits, ne consentent à la désignation d'un seul. Dans celui de M. THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 115 et 116, il n'en faut que deux, parce que le juge est le tiers expert ou l'expert suprême. Les termes de l'instruction que M. Carré a cités sous la question précédente, paraissent démontrer que le juge de paix peut ne nommer que deux experts, quand il se transporte sur les lieux. M. CURASSON, t. 1, p. 112, n° 24, accorde, à cet égard, au juge de paix, un pouvoir discrétionnaire.]]

176. *Peut-on récuser les experts dans les justices de paix ?*

Il n'est pas douteux que des experts convenus entre les parties ne peuvent être récusés par elles ; mais les auteurs conviennent généralement que des experts nommés d'office peuvent être récusés pour causes graves. S'il en était autrement, on aurait trop à craindre l'arbitraire et la partialité.

Cependant, comme la loi n'a établi aucune procédure sur cette récusation d'experts choisis par le juge de paix, pour l'éclairer dans sa visite, et dont il n'est pas tenu de suivre l'avis, nous ne croyons pas qu'il soit obligé d'ordonner une enquête, si les causes de la récusation n'étaient pas pleinement justifiées.

M. DELAPORTE, t. 1, p. 38, dit qu'il le peut ; mais ne suppléerait-on pas, en usant de cette faculté, une procédure que la loi n'autorise point, et que son esprit semble réprouver, puisque cette instruction retarderait une décision qui doit être donnée dans le moindre délai possible ?

Au reste, nous dirons avec M. Lepage, *Quest.*, p. 89, que le juge de paix est au moins le maître d'avoir ou non égard à la récusation proposée. En effet, dit cet auteur, « s'il s'agit d'une affaire au-dessous de 50 francs, on sent « assez combien il serait peu convenable, pour un objet si modique, de ne « pas laisser le juge de paix maître de peser lui-même, selon les circon- « stances, les motifs de récusation, et quant aux affaires qui ne sont jugées « qu'en premier ressort, on a la ressource de l'appel pour se plaindre de ce « que le juge de paix n'a pas eu égard à la récusation qui lui a été proposée « *verbalement.* »

Mais pour assurer que cet appel sera recevable, on doit dire, en argumentant des art. 39 et 40, que dans les causes qui y sont sujettes, il est nécessaire de faire l'énonciation de la récusation dans le proces-verbal. (Voy. *Biblioth. du Barr.*, 1810, 1re part., p. 236.)

[[M. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 106 et 107, applique les dispositions du titre relatif aux expertises devant les tribunaux, soit pour les causes de récusation, soit pour le mode de les juger; M. THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 115, dit avec raison, comme M. Carré, qu'il est bon de s'en rapporter au sage pouvoir du juge, qui décidera sur l'admission ou le rejet de la récusation, mais qui surtout évitera de nommer des experts suspects, les révoquera s'il l'avait fait, et préviendra ainsi, autant que possible, tous les incidents de récusation.]]

177. *Le juge de paix est-il tenu de suivre l'avis des experts?*

L'avis des experts n'est qu'une opinion et non pas une décision; on ne peut conséquemment lui assigner d'autre caractère que celui d'une simple instruction, d'un simple renseignement donné au juge de paix par les experts: il n'est donc point pour lui une règle absolue qu'il doive suivre, et il peut s'en écarter suivant les circonstances et sa propre conviction.

Tel est le principe consacré par l'art. 323, suivant la maxime *dictum expertorum nunquàm transit in rem judicatam.* Ce principe est d'autant plus applicable en justice de paix, que la loi permet aux juges d'y remplir, en certains cas, les fonctions d'expert; ce qui est interdit aux juges des tribunaux d'arrondissement.

[[Rien n'est plus certain que la justesse de cette solution, qu'approuvent MM. PIGEAU, *Comment.*, t. 1, p. 109, et THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 116.]]

178. *Le juge de paix pourrait-il refuser l'insertion au procès-verbal de toutes les déclarations ou observations que les parties ou leurs fondés de pouvoir pourraient faire sur les opérations des experts?*

Nous pensons, avec les auteurs des *Annales du notariat* (Comm. sur le Code de Procéd., t. 1, p. 75, que la loi ne contenant aucune prohibition à ce sujet, le juge de paix ne pourrait se refuser à insérer les dires et observations dont il s'agit, attendu qu'il peut être utile de les constater, pour l'instruction de la cause, devant le juge d'appel (Arg. de l'art. 317). Mais il devient nécessaire alors que les parties ou leurs fondés de pouvoir signent le procès-verbal, ou, s'ils ne savent signer, que le juge mentionne l'interpellation qui leur en a été faite, et leur déclaration d'approuver les dires et observations consignés à leur requête.

[[Il ne faut pas perdre de vue que le procès-verbal est fait pour être soumis aux juges d'appel, ce qui nécessite la solution donnée par M. Carré, et approuvée par M. DELAPORTE, t. 1, p. 36.]] **Supp. alph.**, v° *Just. de paix*, n. 132.

179. *La visite du juge et l'avis des experts peuvent-ils être constatés par des actes séparés?*

Ils doivent l'être par un seul et même procès-verbal, rédigé par le greffier. C'est ce qui résulte clairement des termes de la loi: *Ils* (les experts) *feront la visite avec lui* (le juge). *Le procès-verbal sera signé par le juge et par les experts.* Dès lors, comme le fait observer M. BIRET, t. 2, p. 299, ceux qui, par suite d'une ancienne pratique, divisent les opérations du juge et des experts en cahiers séparés, occasionnent des frais frustratoires.

[[Cela est vrai pour le cas où les experts opèrent en présence du juge (*Voir* M. THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 117); mais, puisque nous avons vu qu'ils pouvaient opérer sans sa participation (*Voyez* la *Question* 172 *ter*), il faudra bien alors qu'ils dressent un procès-verbal d'expertise, lequel sera rédigé par

l'un d'eux ou par le greffier, s'ils ne savent écrire, et déposé au greffe. Il est indispensable alors de suivre les formalités prescrites pour les expertises devant les tribunaux, puisque le titre des justices de paix est muet pour ce cas; c'est aussi l'avis de M. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 108.]]

ART. 43. Dans les causes non sujettes à l'appel, il ne sera point dressé de procès-verbal; mais le jugement énoncera les noms des experts, la prestation de leur serment, et le résultat de leur avis.

[Notre Comm. du Tarif, t 1, p. 34, n° 9.]—Loi du 26 oct., tit. 5, art. 4. — Code de proc., art. 28, 40. —[Notre Dict. gén. de Proc., v° *Descente sur les lieux*, n°s 1 et 4.—Armand Dalloz, v° *Expertise*, n°s 337 à 348.— Carré, *Justices de paix*, t. 4, p. 121, n° 2893. — QUESTIONS TRAITÉES : Si le juge de paix n'entendait pas user de la faculté que lui donne l'art. 42, de statuer sur les lieux sans désemparer, devrait-il dresser procès-verbal, quoique l'affaire fût de nature à être jugée en dernier ressort? *Q.* 180. — Qu'est-ce que l'on entend par résultat de l'avis des experts? *Q.* 181. — Le tribunal saisi de l'appel d'un jugement par lequel le juge de paix a fait une appréciation, peut-il décider si ce juge a ou n'a pas les connaissances nécessaires pour cette appréciation et ordonner une expertise? *Q.* 182.—Si le tribunal d'appel, réformant le jugement du juge de paix, ordonne une expertise, doit-il être procédé suivant les formalités prescrites par le tit. 14 du liv. II? *Q.* 183.]

[[XXXIV *bis*. Cet article n'est applicable qu'autant que le juge de paix assiste à l'expertise. S'il n'y assiste pas, il faut un procès-verbal ou rapport, dressé par l'un des experts ou par le greffier, selon ce que nous avons dit sous *Q.* 179, et ce qu'enseigne M. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 109 et 110.]] *Add.* **Supp. alph.**, v° *Just. de paix*, n. 141.

180. *Si le juge de paix n'entendait pas user de la faculté que lui donne l'art. 42, de statuer sur les lieux sans désemparer, devrait-il dresser procès-verbal, quoique l'affaire fût de nature à être jugée en dernier ressort ?*

Dans ce cas, dit M. BIRET, t. 2, p. 299, le juge de paix doit dresser un procès verbal; autrement, il ne resterait ni traces de son transport, ni constatation des lieux ou appréciation des indemnités, ni dépositions des témoins. C'est ainsi, ajoute-t-il, que l'on doit interpréter l'art. 43, qui dispense de faire procès-verbal d'enquête et de visite dans les causes non sujettes à l'appel. Cette opinion nous semble contraire au texte de l'art. 43, qui ne se borne pas à *dispenser* le juge de dresser procès-verbal, mais qui le lui interdit formellement et sans distinction.

On ne peut dire ici que la lettre de la loi soit en opposition avec son esprit, puisqu'il est incontestable qu'elle est rédigée dans le but d'économiser les frais. Il n'y a donc pas lieu d'interpréter, et nous croyons en conséquence que l'on ne doit point rédiger de procès-verbal dans l'espèce de la question qui précède. Le juge qui a vu les lieux, et reçu verbalement l'avis des experts, sera en état de statuer d'après ces notions, qu'il aura conservées dans sa mémoire ou gardées en note.

Add. — M. CHAUVEAU ADOLPHE (*J. Av.*, t. 10, p. 418), approuve la solution de cette question, en faisant observer avec raison que les traces dont parle M. Biret ne sont point nécessaires; qu'il suffit de l'impression qu'elles ont opérée sur l'esprit du juge. **Carr.**

181. *Qu'est-ce que l'on entend par* RÉSULTAT *de l'avis des experts?*

On entend l'énoncé pur et simple de leur avis, c'est-à-dire l'*apurement* donné par les experts, sans aucune mention des motifs sur lesquels il repose.

[[C'est aussi ce qu'enseignent avec raison MM. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 108 et THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 117

182. *Le tribunal saisi de l'appel d'un jugement par lequel le juge de paix a fait une appréciation, peut-il décider si ce juge a ou n'a pas les connaissances nécessaires pour cette appréciation, et ordonner une expertise?*

Nous croyons, avec les rédacteurs des *Annales du Notariat* (Comm. t. 1, p. 76 et 77), que la loi s'en est rapportée à la prudence et à la conscience du juge de paix. Cependant, s'il n'avait pas une parfaite conviction qu'il pût seul faire la visite ou l'estimation, nous serions d'avis qu'il nommât des experts, et nous fondons notre opinion sur un jugement du tribunal de Lesparre, du 15 mars 1809. Ce jugement annulle un procès-verbal du juge de paix de Pauliac, relatif à l'estimation de dégradations commises par un fermier dans la culture d'une vigne; par le motif que ce juge avait procédé *seul* à cette visite et estimation, et que le tribunal ne pensait pas qu'il eût les connaissances suffisantes sur cette matière (1).

[[Au reste, il s'agissait d'une descente que le juge de paix avait faite, par commission d'un tribunal supérieur. Mais la décision serait applicable si la descente avait eu lieu dans une cause soumise au juge de paix. Ce n'est pas en effet une nullité de forme que le tribunal prononce; il apprécie le fond.]]

183. *Si le tribunal d'appel, réformant le jugement du juge de paix, ordonne une expertise, doit-il être procédé suivant les formalités prescrites par le tit. 14 du liv. 2?*

Les appels des juges de paix sont réputés matières sommaires par l'art. 404, et aucune des dispositions du tit. 24, qui règle la procédure à suivre sur ces matières, ne fait exception aux règles prescrites pour les expertises dans le tit. 14.

[[Nous approuvons cette décision.]]

TITRE IX.

De la Récusation des Juges de paix (2).

La récusation est une exception par laquelle une partie refuse d'avoir pour juge d'une contestation celui auquel la loi en attribue la connaissance.

Dans tous les tribunaux, cette exception n'est admise qu'autant qu'elle est fondée sur des causes exprimées par la loi (art. 44 et 378). On a proscrit, comme injurieuses à la magistrature, les récusations non motivées que l'on nommait *péremptoires*

L'importance des affaires est la mesure des causes qui rendent un juge récusable; aussi le Code de procédure réduit à cinq, pour les justices de paix, le nombre de celles qu'il admet dans les autres tribunaux. (Art. 44 et 378.)

ART. 44. Les juges de paix pourront être récusés, 1° quand ils auront intérêt personnel à la contestation; 2° quand ils seront parents ou alliés d'une des parties, jusqu'au degré de cousin germain (3) in-

(1) Nous reviendrons sur cette question, art. 322.

(2) *V.* les préliminaires du tit. 21, liv. 2.

(3) *Cousin*, c'est un terme relatif par lequel on désigne ceux qui sont issus, soit de deux frères, soit de deux sœurs, ou d'un frère et d'une sœur. Ce sont les cousins de ce degré que l'on nomme *germains*; leurs enfants, *cousins*, du second degré sont appelés *cousins issus de germains*. (C. C., article 728.)

clusivement ; 3° si, dans l'année qui a précédé la récusation, il y a eu procès criminel entre eux et l'une des parties, ou son conjoint, ou ses parents et alliés en ligne directe ; 4° s'il y a procès civil existant entre eux et l'une des parties ou son conjoint ; 5° s'ils ont donné un avis écrit dans l'affaire.

[Notre Commentaire du Tarif, t. 1, p. 36, n° 1.]— Loi du 26 oct. tit. 2, art. 1. — Code de procédure, 378 et suiv.—[Nntre Dict. gén. de Proc., v° *Juge de paix*, n°s 105 à 109, 111.—Armand Dalloz, v° *Récusation*, n°s 7, 14 et 122.—Carre, *Justices de paix*, t. 4. p 122 à 129, n°s 2894 à 2903.—Locré, t. 21, p. 189, n° 26; p. 389, n° 22, p. 522, n° 11 et p. 561, n° 18. — QUESTIONS TRAITÉES : Le juge n'est-il récusable que dans les affaires contentieuses, c'est-à-dire dans celles où il doit prononcer jugement? *Q.* 184.— La disposition de l'art. 44 est-elle limitative en sorte que l'on ne puisse admettre, pour causes de récusation d'un juge de paix, celles qui sont énoncées dans l'art. 378 du Code de procedure? *Q.* 184 *bis*.—Comment concilier la solution de la question qui précède, avec un arrêt de la cour de Nimes, du 18 février 1812. (*J. Av.*, t. 16, p. 611), qui décide qu'il y a motif de récusation contre le juge de paix commis à une enquête, lorsqu'il a précédemment connu comme juge, des contestations existantes entre les parties? *Q.* 184 *ter*.—Serait-on fondé à tirer de cette décision la conséquence que la recusation d'un juge de paix commis à une enquête, doive être faite dans le délai prescrit par l'art. 383 du Code de procédure? *Q.* 184 *quater*. — Un juge de paix president d'un bureau de bienfaisance, membre d'une fabrique, etc., parties au procès peut-il être récusé pour ce motif? *Q.* 185. — Qu'est-ce donc que le législateur a entendu, dans l'art. 44, par ces mots : *quand ils auront dans la contestation un intérêt personnel?* quoiqu'il n'y ait pas eu de récusation, quel est le sort du jugement? *Q.* 185 *bis*. — En serait-il de même à l'egard du juge de paix qui serait tuteur ou curateur de l'une des parties, ou bien administrateur d'une société ou direction qui serait engagée dans la cause? *Q.* 185 *ter*. — Que doit-on entendre par ces mots, *procès criminel*, employés dans le § 3 de l'art. 44? *Q.* 186. — Le juge de paix, est-il récusable pour avoir donné un avis verbal? pour avoir plaidé dans l'affaire, ou en avoir connu comme juge ou arbitre? *Q.* 187.—Mais par ces mots, *un avis écrit*, le législateur a-t-il entendu que le juge de paix serait récusable toutes les fois qu'il aurait donné son avis, soit par lettres missives, soit autrement, encore bien qu'il n'eût pas écrit en forme de consultation? *Q.* 188.— Pourrait-on, pour récuser un juge de paix, prouver par témoins l'existence d'un ecrit dans lequel il aurait donné son avis? *Q.* 189. — Le juge de paix est-il récusable s'il est maître de l'une des parties? *Q.* 190.]

XXXV. La loi de 1790 n'admettait la récusation du juge de paix que lorsqu'il avait un intérêt personnel à la contestation, ou quand il était parent ou allié des parties, jusqu'au degré de cousin issu de germain inclusivement. Le Code restreint la récusation, pour cette dernière cause, au degré de cousin germain inclusivement. « On a craint, a dit l'orateur du gouvernement, de « preparer trop d'entraves dans les lieux où le commerce est peu actif; où il « s'établit peu de familles étrangères ; où, par conséquent, les habitants sont « presque tous parents ou alliés, à des degrés plus ou moins éloignés. »

Mais, d'un autre côté, on a considéré que la récusation étant autorisée, afin de donner au plaideur une garantie d'avoir pour juge un magistrat à l'abri de tout soupçon de partialité, les deux cas prévus par la loi de 1790 n'étaient pas suffisants, et tel est le motif pour lequel l'art. 44 ne se borne pas à assigner pour cause de récusation, l'intérêt personnel du juge de paix ou de ses proches à la contestation, et y ajoute la présomption d'inimitié qui peut naître de procès existants, ou qui auraient existé entre le juge de paix, ses parents ou l'une des parties, et la prévention dont il est également présumable qu'il lui serait difficile de se défendre, s'il avait donné un avis dans l'affaire. Dans tous ces cas, disait le rapporteur de la loi, il est impossible de compter sur l'impartialité du juge.

184. *Le juge de paix n'est-il récusable que dans les affaires contentieuses, c'est-à-dire dans celles où il doit prononcer jugement?*

Nous pensons que, dans les actes de juridiction non contentieuse, le juge de paix, lorsqu'il n'a qu'à constater des faits, ne peut être récusé. Tel est le cas d'une apposition de scellé, etc. Mais comme le Code civil lui accorde non-seulement droit de suffrage, mais voix *prépondérante* dans les assemblées de

famille, nous serions porté à croire qu'il peut être récusé dans ces circonstances. On ne peut aujourd'hui dire, comme M. Guichard en 1791, *qu'il ne fait que recevoir la délibération de la famille.*

[[Cet avis a été adopté, avec raison, par M. THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 120.]] **Supp. alph.**, v° *Just. de paix*, n. 253.

Add.—184 bis. *La disposition de l'art. 44 est-elle limitative en sorte que l'on ne puisse admettre pour causes de récusation d'un juge de paix, celles qui sont énoncées dans l'art. 378 du Code de procédure.*

M. PIGEAU, *Commentaire*, t. 1, p. 115, est d'avis que les cas de récusation portés dans l'art. 378 s'appliquent aux juges de paix, il donne pour motif que le projet de l'art. 44 du Code de procédure civile, disait que les juges de paix ne pourraient être récusés que lorsqu'ils auraient un intérêt personnel; que la particule *en* a été retranchée, d'où il suit, ajoute-t-il, qu'on a décidé que le juge serait récusable toutes les fois qu'il serait visiblement suspect de partialité.

« Cette conséquence, dit avec raison M. CHAUVEAU ADOLPHE (*J. Av.*, t. 16, p. 658), ne nous paraît pas exacte; la particule étant retranchée, il reste que le juge de paix doit avoir un *intérêt personnel* pour être récusé, et ce qui prouve que le retranchement de la particule n'a pas eu pour objet d'ajouter implicitement tous les cas de partialité, c'est que le législateur a cru devoir mettre à l'art. 44, trois cas qui n'étaient pas dans le projet, ceux compris sous les nos 3o, 4o et 5o; or, cette addition aurait été inutile d'après l'explication donnée par M. Pigeau, ces trois cas, qui supposent dans le juge de la partialité auraient été compris dans le retranchement de la particule, il est plus raisonnable de penser que puisque le législateur a pris le soin d'énumérer cinq cas de récusation pour les juges de paix, on ne peut en suppléer d'autres et que l'art. 44 est *limitatif;* on peut dire d'ailleurs que la récusation est de droit rigoureux, et qu'il n'est pas permis, sous ce rapport, d'ajouter à la loi.

« Enfin, on peut penser que le législateur n'a pas voulu admettre pour les juges de paix toutes les récusations des juges ordinaires, à raison de la moins grande importance des contestations qui leur sont soumises, aussi l'orateur du gouvernement a-t-il dit que l'on n'adoptait pas pour les juges de paix toutes les causes de récusations admises contre les autres juges »

Cette opinion que nous adoptons sans réserve, est conforme à celle de M. FAVARD DE LANGLADE, t. 4, p. 764, n° 9. Il donne, pour unique motif de décision, la discussion du projet de l'art. 44, qui ne laisse, dit-il, aucun doute à cet égard. (*V.* LOCRÉ, t. 21, p. 389, n° 22.)

On remarquera que nous avions préjugé dans le même sens la solution de cette question en disant que l'importance des affaires est la mesure des causes qui rendent un juge récusable, raison pour laquelle le Code de procédure a réduit à cinq, pour les justices de paix, le nombre de celles qu'il admet pour les autres tribunaux. **Carr.**

Add.—184 ter. *Comment concilier la solution de la question qui précède, avec un arrêt de la cour de Nîmes, du 18 février 1812 (J. av., t. 16, p. 611) qui décide qu'il y a motif de récusation contre le juge de paix commis à une enquête, lorsqu'il a précédemment connu, comme juge, des contestations existantes entre les parties ?*

Ce motif de récusation étant admis par l'art. 378 du Code de procédure on pourrait croire que l'arrêt précité est en opposition avec la décision que nous

venons de donner de la question précédente ; mais ce serait une erreur, attendu que, dans l'espèce dont il s'agit ici, le juge de paix procède à l'enquête comme *commissaire* du tribunal, d'où la conséquence nécessaire que les mêmes causes de récusation que l'on pourrait proposer contre tout autre commissaire, pris dans le sein du tribunal, doivent l'être également contre lui, encore bien qu'elles ne fussent proposables s'il procédait directement en vertu de son propre pouvoir juridictionnel. **Carr.**

[[Cette explication nous paraît tout à la fois ingénieuse et satisfaisante.]]

Add.— 184 quater. *Serait-on fondé à tirer de cette décision la conséquence que la récusation d'un juge de paix commis à une enquête, doive être faite dans le délai prescrit par l'art.* 383 *du Code de procédure ?*

Non, ainsi qu'il a été décidé par l'arrêt précité, attendu premièrement, « qu'il résulte de l'art. 384, que la récusation doit être proposée par un acte au greffe, et signé de la partie ou du fondé de sa procuration authentique et spéciale; que l'expédition de l'acte de récusation doit être remise dans les vingt-quatre heures par le greffier au président du tribunal ; que la communication doit en être faite au juge recusé ; que le juge doit en faire sa déclaration au greffe ; toutes ces formalités, successivement exigées, annoncent que l'intention du législateur a été que le délai prescrit par l'art. 383 ne s'entendît qu'à l'égard des juges du tribunal saisi de l'affaire, et non d'un juge étranger nommé commissaire, que ni l'avoué ni la partie ne peuvent connaître ; deuxièmement, que l'interprétation contraire rendrait impossible la faculté accordée par l'art. 383, ce qui ne peut être, toute loi étant possible dans son exécution. »

Aussi M. Coffinières dit-il qu'en décidant ainsi, la Cour de Nîmes n'a fait qu'appliquer le principe, que les dispositions législatives doivent être entendues de manière à ce qu'elles puissent produire leur effet dans tous les cas qu'elles ont prévus. Or, dès qu'il démontre que les formalités prescrites par l'art. 384, ne sauraient être remplies dans le cas ou le juge de paix serait commis pour procéder à une enquête, on est forcé de reconnaître que l'article 383, dont l'exécution est inséparable de celle de ces formalités, ne peut concerner le juge. **Carr.**

[[Nous approuvons, par les mêmes motifs, la décision de la Cour de Nîmes, et nous croyons par conséquent que la récusation sera admissible jusqu'à ce que le juge ait commencé de procéder.]]

185. *Un juge de paix, président d'un bureau de bienfaisance, membre d'une fabrique, etc., parties au procès, peut-il être récusé pour ce motif ?*

Non, parce qu'il ne s'ensuit pas qu'il soit *personnellement* intéressé au succès d'une cause portée devant lui par ce bureau ou cette fabrique. (Cass., 21 avril 1812, *S.*, t. 12, 1re part., p. 341 et *J. Av.* t. 16, p. 612.)

Add.—Nous ajouterons à la solution de cette question, qui ne porte que sur un cas particulier, qu'il résulte néanmoins de l'arrêt de la Cour de cassation, qui lui sert de base, qu'un juge de paix, qui serait administrateur *gratuit* d'établissements publics, ne serait pas *récusable* dans les causes qui intéresseraient ces établissements.

Ainsi M. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 111, et la plupart des auteurs se seraient trompés, en disant *généralement et sans distinction*, que les administrateurs d'un établissement sont récusables. **Carr.**

[[C'est, qu'en effet, l'administrateur d'un établissement de bienfaisance n'est pas intéressé personnellement au succès de la cause qui concerne cet éta-

blissement, comme le serait, par exemple, le gérant d'une société commerciale ou autre; il y a bien, si l'on veut, un intérêt de zèle et d'affection, mais les motifs qui le lui inspirent sont trop nobles pour qu'on puisse supposer dans une âme capable de les sentir, assez de faiblesse ou d'aveuglement pour leur sacrifier ses devoirs de magistrat. Toutefois, nous conseillons, en ce cas, au juge de paix de se récuser, et il arrivera souvent qu'il aura donné son avis dans la délibération qui aura précédé la demande ou la défense, auquel cas le nº 5 de l'art. 44 lui serait appliqué.]] **Supp. alph.**, vº *Just. de p.*, n. 256.

Add.—185 bis. *Qu'est-ce donc que le législateur a entendu dans l'art.* **44** *par ces mots* : QUAND ILS AURONT DANS LA CONTESTATION UN INTÉRÊT PERSONNEL?

[[*Quoiqu'il n'y ait pas eu de récusation, quel est le sort du jugement?*]]

Nous remarquerons que l'on doit entendre ces expressions dans le sens d'un interêt *direct* ou *indirect*, car la disposition est conçue en termes généraux, qui ne permettent pas de distinguer. Or, cet intérêt existe, non-seulement lorsque le juge est partie dans la cause, mais encore lorsqu'il doit lui revenir une portion de ce qui serait adjugé à l'une des parties litigantes. Il sera donc récusable, s'il en est débiteur ou créancier; s'il avait lui-même un différend sur une question semblable à celle qui serait l'objet de la contestation soumise à son jugement, s'il avait procès en son nom dans un tribunal dont serait membre celui qui serait partie devant lui, etc.

[[M. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 111, se livre à une semblable énumération pour expliquer ce qu'il faut entendre par l'intérêt que le juge doit avoir à la contestation pour être récusable.

Il nous semble que cette façon d'interpréter le § 1er de l'art. 44 a l'inconvénient de nous faire rentrer dans les causes de récusation indiquées par l'art. 378, et sortir, par conséquent, des limites auxquelles le législateur a voulu restreindre la faculté de récusation en matière de justice de paix.

Nous dirions plutôt avec M. THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 120 et 121, qu'il faut que cet intérêt soit à la fois personnel et direct, non pas que nous exigions qu'il s'agisse de la propre cause du juge de paix; car, en pareil cas, il y aurait plus que motif de récusation, il y aurait nullité du jugement rendu, même en l'absence de toute réclamation, comme l'a jugé la Cour de cassation, le 14 oct. 1824 (*J. Av.*, t. 29, p. 123); mais du moins faut-il que le résultat de la contestation puisse procurer au juge un avantage ou un préjudice immédiat et certain, par exemple, ajoute M. Thomine, s'il s'agit d'un cours d'eau, qui, étant maintenu, servira à l'arrosement d'une prairie qui lui appartient, d'un chemin qui conduira à son héritage et en facilitera l'exploitation, etc. Mais un intérêt éloigné et éventuel, qui ne consisterait, par exemple, que dans les facilités de libération qu'il pourrait obtenir de son créancier, dans l'accroissement de sûretés que lui offrirait son débiteur, si l'un ou l'autre gagnait son procès, ne nous paraît pas être entré dans l'esprit du législateur, lorsqu'il a tracé les mots de l'art. 44.

Quant aux procès où est partie la commune dont le juge est habitant, la nature de la contestation peut seule faire connaître si son intérêt particulier est assez considérable, assez direct, assez personnel pour devenir, à son égard, une cause de suspicion. (*V.* notre *Quest.* 1101 *ter.*)]]

Add.—185 ter. *En serait-il de même à l'égard du juge de paix qui serait tuteur ou curateur de l'une des parties, ou bien administrateur d'une société ou direction qui serait engagée dans la cause?*

On peut dire que le tuteur ou curateur ne peut être, en ce cas, récusable

pour cause d'intérêt *personnel;* car, ni l'un ni l'autre, ne peuvent profiter ni directement ni indirectement d'un jugement rendu en faveur du mineur d'âge ou du mineur émancipé. Ils sont des administrateurs gratuits, et par conséquent ils ne seraient pas récusables, d'après ce que nous venons d'ajouter ci-dessus à notre *Quest.* 185. Cependant les auteurs accordent le droit de les récuser, et nous pensons qu'ils ont raison, attendu que les mineurs ne pouvant ester en justice sans leur assistance, ils sont parties dans la cause, ce ne sera donc pas parce qu'ils ont *un intérêt personnel,* mais parce que l'on ne peut être tout à la fois *juge et partie*, qu'ils seront sujets à la récusation.

Mais on demandera comment il est possible de concilier cette opinion avec l'arrêt précité, qui déclare non récusables les administrateurs gratuits d'établissements publics: nous répondons que ces établissements ayant plusieurs administrateurs, le juge membre de l'administration n'est pas nécessairement partie dans la cause, comme un tuteur ou un curateur; il n'y a alors de parties, comme représentant l'établissement public, que les autres membres de l'administration.

Quant aux administrateurs d'une société ou direction, ils sont récusables pour cause d'intérêt personnel; car ils sont membres de ces sociétés ou directions, et, en ces qualités, susceptibles de profiter de la décision à intervenir sur la contestation. **Carr.**

[[Ces décisions se concilient parfaitement avec les idées que nous avons admises sous les deux précédentes questions.]]

186. *Que doit-on entendre par ces mots*, PROCÈS CRIMINEL, *employés dans le § 3 de l'art. 44?*

Nous croyons, contre le sentiment de M. DELAPORTE, t. 2, p. 347, devoir considérer ces mots, *procès criminel*, comme des termes génériques qui comprennent tous procès, soit en police simple ou correctionnelle, soit en justice criminelle, et non pas seulement les derniers. Ici ces termes, *procès criminel*, ne nous semblent employés que par opposition avec ceux-ci, *procès civil*, qui se trouvent dans le § 4, et n'admettent conséquemment aucune distinction. D'ailleurs, de simples discussions dans un tribunal de police suffisent pour exciter des haines entre les familles qui les ont soutenues; mais, une simple plainte ou dénonciation, qui n'aurait pas eu de suite, ne pourrait fonder une récusation, car elle ne constitue pas ce qu'on appelle *un procès criminel.* (V. Comm. *Ann. du Not.*, p. 455 et 456.)

[[C'est aussi l'avis de M. THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 122; il nous paraît incontestable.]]

187. *Le juge de paix est-il recusable pour avoir donné un avis verbal?* [[*Pour avoir plaidé dans l'affaire ou en avoir connu comme juge ou arbitre?*]]

Quelle que soit la manière dont un juge de paix ait manifesté son opinion, dit M. DUMOULIN (*Biblioth. du Barr.*, 1810, 1re part., p. 236), la partie a le droit de lui ôter la connaissance de l'affaire; mais un officier public est digne de foi; de manière qu'en déclarant qu'il n'a pas donné d'avis, il écarte la récusation. Telle était aussi l'opinion de M. LEVASSEUR, dans son *Manuel des Justices de paix*, p. 66, n° 121.

Mais il nous paraît que le texte du § 5 de l'art. 44 s'oppose à cette décision, puisqu'il prononce formellement que les juges de paix pourront *être recusés, s'ils ont donné un avis* ÉCRIT *dans l'affaire;* et la raison de cette restriction est l'intention qu'aurait eue le législateur de ne pas placer le juge de paix dans la nécessité de faire une dénégation qui laisserait à sa suite quelque prise à la

calomnie, ou de prévenir les abus de la preuve testimoniale, qu'il faudrait autoriser, si cette dénégation n'était pas suffisante.

[[D'ailleurs, comme le fait observer M. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 113, dans les campagnes, les juges de paix sont les conseils ordinaires de leurs justiciables, et cette fonction rentre même dans l'esprit de leur institution, d'après laquelle on doit les regarder moins comme juges que comme médiateurs et pacificateurs. Leurs conseils verbaux, le plus souvent destinés à prévenir ou éteindre les procès, ne doivent pas être un motif de suspicion, lorsqu'ils sont appelés à juger la cause qu'ils avaient d'abord voulu étouffer.

Mais il nous paraît, comme à M. Pigeau, *ibidem*, que le juge qui aurait précédemment plaidé la cause, ou qui en aurait connu comme arbitre, est récusable, parce que, dans le premier cas, s'étant constitué le défenseur d'une partie, dans le second, ayant manifesté son opinion comme juge, il ne serait pas assez libre de précédents, pour inspirer une égale confiance aux deux contestants. Mais les cas où cette question peut se présenter sont extrêmement rares.

On remarquera que notre solution ne contrarie point celle que nous avons donnée sous la *Question* 184 *bis*, parce que les circonstances dont il s'agit ici sont plutôt des incapacités forcées que de simples causes de récusation. Il serait contraire à la nature des choses de donner pour juge à une partie celui qu'elle sait avoir conçu d'avance, et avant de l'être devenu, une opinion décidée contre ses intérêts.]]

188. *Mais, par ces mots,* UN AVIS PAR ÉCRIT, *le législateur a-t-il entendu que le juge de paix serait récusable toutes les fois qu'il aurait donné son avis, soit par lettres missives, soit autrement, encore bien qu'il n'eût pas écrit en forme de consultation?*

Nous croyons que les expressions générales de la loi conduisent nécessairement à l'affirmative de cette question. Aussi M. DELAPORTE, dans son *Comm.*, p. 39, dit-il que le juge de paix est récusable, n'importe *de quelle manière il ait donné son avis par écrit*; et il rapporte un exemple d'une récusation admise contre un juge de paix qui avait énoncé son avis dans une lettre missive.

Cette remarque avertit les juges de paix de prendre garde à se prononcer d'une manière quelconque dans les lettres par lesquelles, suivant un usage, très louable d'ailleurs, ils préviendraient le défendeur des demandes qu'on se propose de former contre lui.

[[Les termes de la loi sont en effet assez généraux pour justifier l'opinion de M. Carré, que partage M. THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 222.]]

189. *Pourrait-on, pour récuser un juge de paix, prouver par témoins l'existence d'un écrit dans lequel il aurait donné son avis?*

Suivant M. DELAPORTE, t. 1, p. 39, il résulterait de ce que la loi n'autorise la récusation qu'autant que le juge de paix aurait donné un avis par écrit, qu'elle a entendu attacher à la représentation de cet écrit l'admission de la récusation; mais bien entendu dans le cas où le juge de paix en contesterait les causes. Nous préférons résoudre la question par les dispositions de l'article 389, qui porte que si le récusant n'apporte pas preuve par écrit ou commencement de preuve des causes de la récusation, il est laissé à la prudence du tribunal de rejeter la récusation sur la simple déclaration du juge, ou d'ordonner la preuve testimoniale. Il est d'autant plus juste de tenir à cette opinion, qu'il est pour ainsi dire impossible que le récusant ait en main l'avis écrit du juge de paix, avis qui a été donné à sa partie adverse; en sorte

qu'il dépendrait du juge recusé d'écarter la récusation par une simple dénégation, qui ne pourrait presque jamais être démentie, si la preuve par témoins n'était pas recevable, au moins suivant les circonstances, comme le veut l'art. 389.

[[M. THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 122 et 125, n'admet point la preuve testimoniale dont parle ici M. Carré, et que M. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 120, déclare applicable au jugement sur récusation d'un juge de paix.

M. Thomine pense que le tribunal doit prononcer sans interlocutoire, sur le vu des pièces et sur la déclaration du juge, et que dans le cas où le récusant ne fournirait point de preuves écrites, la déclaration doit faire foi, parce qu'on ne peut supposer que le juge se portât à nier des faits qui seraient exacts, par exemple, l'avis écrit qu'il aurait donné dans la cause; M. Thomine tire cette conséquence des termes de l'art. 47, qui disposent que le tribunal jugera *sans qu'il soit besoin d'appeler les parties*; ce qui fait voir, d'après lui, qu'aucune sorte d'instruction ne doit être admise. Il appuie encore sa décision d'un passage de Pothier, qui semble ajouter aussi la plus grande confiance à la déclaration du juge.

Elle en mérite sans doute; mais, si on en faisait une sorte de présomption *juris et de jure*, contre laquelle les voies ordinaires de preuve seraient inadmissibles, ne serait-ce point rendre dérisoire la faculté de récusation que la loi accorde aux parties, et surtout la garantie que leur offre le jugement à rendre sur cette récusation, par les juges supérieurs, puisque le récusé serait, à vrai dire, le seul appréciateur de leurs griefs? L'article 47 ne présenterait plus qu'une disposition inutile et sans portée. Cette considération suffit, selon nous, pour rendre inadmissible l'opinion de M. Thomine Desmazures.]]

190. *Le juge de paix est-il récusable, s'il est maître de l'une des parties?*

Non, puisque cette cause de récusation, proposée par le Tribunat, fut rejetée lors de la dernière discussion au Conseil d'État. (LOCRÉ, t. 21, p. 389, n° 22.) Au reste, on doit s'en tenir strictement à celles que la loi exprime.

[[V. *suprà*, la *Question* 184 *bis*.]]

ART. 45. La partie qui voudra récuser un juge de paix sera tenue de former la récusation et d'en exposer *les motifs* par un acte qu'elle fera signifier, par le premier huissier requis, au greffier de la justice de paix, qui visera l'original. L'exploit sera signé, sur l'original et la copie, par la partie ou son fondé de pouvoir spécial. La copie sera déposée au greffe, et communiquée immédiatement au juge par le greffier.

Tarif, 14, 30.—[Notre Comment. du Tarif, t. 1, p. 37 et 38, n°s 2 à 7.] — Loi du 26 oct. 1790, tit. 2, art. 2.—Loi du 16 ventôse an XII.— Code de proc., art. 380, 384, 387.—[Notre Dict. géu. de proc., v° *Juge de paix*, n°s 110, 112, 114.—Carré, *Justices de paix*, t. 4, p. 129 à 132, n°s 2904 à 2912. — Locré, t. 21, p. 390, n° 23.—QUESTIONS TRAITÉES : Pourrait-on conclure de ce que la loi exige l'exposé *des motifs* qu'il en faille déduire plusieurs? *Q.* 191.—Le juge de paix qui sait cause de récusation en sa personne est-il tenu de s'abstenir? *Q.* 192. — Mais du moins le juge de paix, contre lequel une récusation a été formée, ne doit-il pas nécessairement s'abstenir? *Q.* 193. — La procédure sur la cause principale n'est-elle arrêtée que du jour de la communication au juge, et non du jour de la signification au greffier? *Q.* 193 *bis*.—Si le greffier de la justice de paix auquel doit être signifié l'acte de récusation refusait de donner le *visa* exigé par l'art. 45, à quel fonctionnaire l'huissier devrait-il s'adresser? *Q.* 194.— Si le récusant ne sait ou ne peut signer, comment l'huissier suppléera-t-il à ce défaut? Lui suffira-t-il de mentionner l'ignorance ou l'impuissance du récusant? *Q.* 195. — Peut-on récuser le juge de paix, de toute autre manière que celle qu'indique l'art. 45? *Q.* 196. — Lorsqu'une partie a une fois comparu devant le juge et qu'elle a proposé sa défense au fond, elle est encore recevable à former sa récusation? *Q.* 197.]

XXXVI. En prescrivant le mode de récusation ci-dessus, le législateur a voulu prévenir le scandale d'une récusation faite à la face du juge, a l'audience, et ce qu'il y aurait d'ailleurs d'inconvenant et de contraire à la dignité de la magistrature, de lui signifier à personne un acte de cette nature; mais en même temps on pourvoit aux intérêts de la partie, d'abord en lui laissant le choix de l'huissier, ce qui la met à l'abri de tout abus qui pourrait résulter de la dépendance de l'huissier de la justice de paix, si elle eût été obligée d'employer son ministère; 2° en exigeant le visa du greffier sur l'original de l'exploit, qui, restant entre les mains de la partie, fournit la preuve de l'existence de la récusation. D'un autre côté, et dans la vue d'empêcher qu'une tierce personne ne fît notifier, à l'insu de la partie, un acte de récusation, la loi veut que l'intention de ce tiers soit positivement manifestée par sa signature sur l'original et la copie, ou par celle d'un fondé de pouvoir spécial, contenant l'autorisation de récuser pour tel ou tel motif.

191. *Pourrait-on conclure de ce que la loi exige l'*EXPOSÉ DES MOTIFS, *qu'il en faille déduire plusieurs?*

Non, sans doute; un seul des motifs exprimés dans l'article 44 forme [[évidemment]] une cause légale de récusation. (*Indicat. judic.*, par M. DEBOUIS, t. 1, p. 54.)

192. *Le juge de paix qui sait cause de récusation en sa personne, est-il tenu de s'abstenir?*

C'est un devoir que la délicatesse lui impose, comme le disait M. GUICHARD, dans son *Code de la Justice de paix*, Quest. 11.

M. BIRET, t. 2, estime qu'il le doit, non-seulement pour les causes prévues par l'art. 44, mais encore pour celles que détaille l'art. 378. Il est certainement conforme au vœu du législateur que le juge de paix s'abstienne, dans les cas posés par le premier de ces articles; ce vœu est clairement manifesté par l'art. 380. Dans les cas du second, nous ne pensons pas qu'il dût s'abstenir, si l'une des parties s'y opposait (*V.* nos *Questions* sur l'art. 380); mais en toute hypothèse, nous dirons, avec M. Guichard, qu'il n'y a point obligation rigoureuse.

Add.—L'arrêt du 21 avril 1812, cité sur la *Quest.* 185, a également décidé que le juge n'était pas obligé de se déporter d'office. Cette opinion est partagée par MM. LEPAGE, p. 91, *Quest.* 5, et FAVARD DE LANGLADE, v° *Récusation*, p. 765. **Carr.**

[[Mais, par un autre arrêt, du 14 oct. 1824 (*J. Av.*, t. 29, p. 123), la Cour de cassation a considéré, au contraire, que tout juge qui sait cause de récusation en sa personne doit la déclarer à ses collègues, ou s'il est juge de paix, au juge supérieur; il faut remarquer que, dans l'espèce de cet arrêt, la cause qui rendait le juge récusable était telle qu'il avait été réellement juge et partie comme nous l'avons fait observer *Quest.* 185 *bis;* il n'est pas étonnant que la Cour suprême se soit montrée sévère; quant à nous, nous pensons qu'il est bon et convenable que le juge de paix s'abstienne lorsqu'il sait être récusable. Dans ce cas, il peut le faire de son propre mouvement, sans consulter le tribunal, par la même raison que s'il acquiesce à une récusation formulée, il n'est pas besoin qu'il intervienne de décision pour accepter son acquiescement (art. 47). C'est une différence notable avec ce qui se pratique dans les tribunaux ordinaires. M. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 118 et 119, l'a fait judicieusement remarquer. Mais si le juge ne s'abstient point, et que le plaideur ne propose point la récusation, à moins que le juge n'ait été partie, ce plaideur est censé

y avoir renoncé et ne peut se faire un grief contre le jugement de ce que le juge ne s'est pas conformé au vœu de l'art. 380. D'ailleurs, la bonne foi du juge est toujours présumable.]]

193. *Mais, du moins, le juge de paix contre lequel une récusation a été formée ne doit-il pas nécessairement s'abstenir ?*

Il est obligé de s'abstenir de statuer, jusqu'à ce que le tribunal de première instance ait prononcé sur le mérite de la récusation. (Cass., 15 fév., 1811, *S.*, t. 11, 1re part., p. 253, et *J. Av.*, t. 16, p. 604.)

[[Cette doctrine incontestable est professée par MM. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 117, et THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 124, la décision qu'il rendrait au mépris de ce principe serait nulle.]]

Add.—193 bis. *La procédure sur la cause principale n'est-elle arrêtée que du jour de la communication au juge, et non du jour de la signification au greffier ?*

Quelques auteurs, et entre autres M. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 117, tout en observant que l'art. 387 porte que la suspension de la procédure aura lieu du jour du jugement qui ordonne la communication au juge récusé dans un tribunal de première instance, n'en ont pas moins pensé qu'en justice de paix cette suspension doit avoir lieu du jour de la signification au greffier.

Nous ne voyons pas de motifs sur lesquels on puisse fonder cette distinction ; il y a, en effet, jusqu'à ce que l'acte de récusation signifié au greffier soit par lui communiqué au juge, une présomption d'ignorance de la part de ce dernier. Mais, au reste, l'opinion de M. Pigeau n'expose pas à de grands inconvénients, puisque la communication doit suivre immédiatement la signification. **Carr.**

[[Néanmoins, celle de M. Carré, qu'adopte M. THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 124, nous semble plus exacte.]]

194. *Si le greffier de la justice de paix, auquel doit être signifié l'acte de récusation, refusait de donner le* VISA *exigé par l'art. 45, à quel fonctionnaire l'huissier devrait-il s'adresser ?*

Il nous semble qu'il devrait faire mention du refus du greffier, et présenter l'original au procureur du roi, qui le viserait. (*Voyez* DELAPORTE, t. 1, p. 40.)

[[C'est aussi l'opinion de M. THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 124, elle est fondée sur la disposition formelle de l'art. 1039.]]

195. *Si le récusant ne sait ou ne peut signer, comment l'huissier suppléera-t-il à ce défaut ? Lui suffira-t-il de mentionner l'ignorance ou l'impuissance du récusant ?*

Nous ne croyons pas que la loi ait entendu donner à l'huissier la faculté de recevoir et de constater la déclaration que le récusant lui fait de ne pouvoir ou ne savoir signer ; ce serait encore suppléer davantage à sa disposition, que d'admettre que la partie ou son fondé de pouvoir pût se présenter devant le greffier, qui constaterait les causes du défaut de signature. En effet, la loi veut que l'exploit soit signé *par la partie*, ou *par son fondé de pouvoir ;* elle ne répète point dans l'art. 45, ainsi qu'elle l'a fait ailleurs, que si l'une ou l'autre ne sait ou ne peut signer, il sera fait mention des causes du refus. Nous concluons de là que le récusant qui ne saurait ou qui ne pourrait signer, doit donner, à l'effet de former la récusation, un pouvoir spécial à une personne qui sa-

che signer; c'est du moins le parti le plus prudent. (Voy. le *Man. de* LEVASSEUR, p. 67, n° 122; *Biblioth. du Barr.*, 1810, 1re part., p. 237.)

[[Nous approuvons cette solution : nous faisons également l'application de ce principe au titre du désaveu, *Q.* 1306.]]

196. *Peut-on récuser le juge de paix de toute autre manière que celle qu'indique l'art. 45?*

En prescrivant ce mode, la loi a voulu prévenir le scandale d'une récusation faite à la face du juge, audience tenante. Ainsi, toute récusation ne peut être valablement formée que de la manière prescrite par le Code. (*Guichard.*)

[[Nous croyons aussi que toute autre procédure serait non-seulement inconvenante, mais inadmissible.]]

197. *Lorsqu'une partie a une fois comparu devant le juge, et qu'elle a proposé sa défense au fond, est-elle encore recevable à former sa récusation?*

M. Guichard, en 1791, décidait cette question pour la négative; et son opinion est incontestable aujourd'hui, d'après l'art. 382 du Code actuel.

[[Ainsi lorsque, sur la première comparution, le juge a ordonné une opération à laquelle il doit présider, on ne peut le récuser sous prétexte de cette opération, à moins, toutefois, que la cause de récusation ne soit survenue depuis la première audience, ainsi que le décide M. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 116, et que le fait observer M. CARRÉ, *infrà*, *Quest.* 205.

Mais comme il pourrait se faire qu'en pareil cas une récusation frauduleuse n'eût d'autre but que d'empêcher l'opération, afin de la rendre impossible ou inutile par le retard qu'on y apporterait, la partie qui a intérêt à y faire procéder promptement peut se pourvoir devant le tribunal, et faire décider, en exposant l'urgence, que l'opération sera faite par un autre juge, si la récusation n'est pas encore en état de recevoir jugement.

La disposition analogue de l'art. 387, trouve ici une indispensable application. Nous adoptons encore, sur ce point, la doctrine de M. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 117.]]

ART. 46. Le juge sera tenu de donner au bas de cet acte, dans le délai de deux jours, sa déclaration par écrit, portant, ou son acquiescement à la récusation, ou son refus de s'abstenir, avec ses réponses aux moyens de récusation.

Tarif, 14.—[Notre Comm. du Tarif. t. 1, p. 38 et 39, nos 8. 9. 10.]—Loi du 26 oct. 1790, tit. 2, art. 3. Loi du 16 ventôse an XII.—Code de proc., art. 386.—Code d'inst. crim., art. 542.—[Notre Dict. gén. de proc., v° *Justices de paix*, nos 113 et 114.—Arm. Dalloz, v° *Récusation*, n° 104.— Carré, *Justices de paix*, t. 4, p. 132 et 133, nos 2913 à 2915. — QUESTIONS TRAITÉES : Lorsque le juge de paix a acquiescé à la récusation, peut-il rétracter ensuite cet acquiescement? *Q.* 198.—Est-ce au juge de paix voisin, ou au suppléant du juge récusé que la cause doit être renvoyée soit dans le cas de l'acquiescement, soit dans le cas de la récusation, judiciairement admise? *Q.* 198 *bis*.— Dans le cas où le juge de paix acquiesce à la récusation, par qui le renvoi devant le juge qui devra connaître de la contestation sera-t-il prononcé ? *Q.* 199.]

XXXVII. Le cours de la justice ne saurait être longtemps interrompu, et surtout à l'égard des affaires placées dans les attributions du juge de paix : c'est le motif de la brièveté du délai dans lequel ce juge doit s'expliquer. Ou il *acquiesce* à la récusation, en reconnaissant le fondement des motifs allégués, et alors il ne peut exister de débat ultérieur; ou il *refuse de s'abstenir*, en exposant les raisons de ce refus; ou il *garde le silence*, et, dans ces deux derniers cas, il est statué sur la récusation ainsi qu'il est dit sur l'art. 47.

198. *Lorsque le juge de paix a acquiescé à la récusation, peut-il rétracter ensuite cet acquiescement?*

Nous pensons qu'une fois l'acquiescement donné, il n'est pas permis au juge de se rétracter, et qu'il ne serait pas besoin de le constater une seconde fois, quelque laps de temps qui se fût écoulé depuis, à moins que ce laps de temps ou les événements n'eussent réellement fait cesser le motif.

[[Cette solution nous paraît très exacte.]]

[[**198** bis. *Est-ce au juge de paix voisin, ou au suppléant du juge récusé, que la cause doit être renvoyée, soit dans le cas de l'acquiescement, soit dans le cas de la récusation judiciairement admise?*

La plupart des auteurs semblent ne faire aucun doute, que la connaissance de l'affaire ne soit dévolue au suppléant, M. THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 125, s'en explique notamment d'une manière formelle.

Mais M. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 121, puisant une analogie dans l'esprit de l'art. 368, qui autorise le renvoi à un autre tribunal, lorsque l'une des parties a, parmi les membres du tribunal ou de la Cour saisis, deux ou trois parents, l'état de suspicion de ces derniers s'étendant à la compagnie tout entière dont ils font partie, décide qu'un juge de paix suspect, étant seul titulaire de son tribunal et pouvant exercer de l'influence sur ses suppléants, il y a lieu de prononcer le renvoi à une autre justice de paix.

En l'absence de toute loi, il y aurait peut-être de bonnes raisons pour adopter ce sentiment.

Mais l'art. 1er de la loi du 16 vent. an XII, rapporté *infrà*, *Quest.* 199, prévoyant le cas où il y a lieu à renvoyer devant une autre justice de paix, et ne spécifiant d'autre circonstance que celle de l'empêchement légitime d'un juge de paix et de ses suppléants, il s'ensuit qu'un pareil renvoi est inutile et illégal, lorsque l'empêchement est exclusivement personnel au juge titulaire.]]

Supp. alph., v° *Just. de paix*, n. 285.

199. *Dans les cas où le juge de paix acquiesce à la récusation, par qui le renvoi devant le juge qui devra connaître de la contestation sera-t-il prononcé?*

Par le juge de paix lui-même, dit M. LEPAGE, dans ses *Questions*, p. 91. M. Dumoulin, dans la *Bibliothèque du Barreau*, combat cette opinion.

Mais nous ferons observer que la question paraît formellement résolue par les articles suivants de la loi du 16 ventôse an XII :

ARTICLE PREMIER. « En cas d'empêchement légitime d'un juge de paix et *de* « *ses suppléants*, le tribunal de première instance, dans l'arrondissement du- « quel est située la justice de paix, renvoie les parties devant le juge de paix « du canton le plus voisin. »

2. « Le jugement de renvoi est demandé par la partie la plus diligente, sur « simple requête et d'après les conclusions du procureur du roi, parties pré- « sentes où dûment appelées. »

Vainement dirait-on que cette loi n'est relative qu'au cas d'empêchement légitime qui résulterait de maladie, par exemple, et non à celui de la récusation, dans lequel le juge est présent et peut prononcer le renvoi; nous répondrions qu'une cause légitime de récusation est un empêchement légitime pour le juge qui la reconnaît.

Aussi M. THOMINE DESMAZURES, dans son *Traité de Procédure* et dans son *Comm.*, in-4, t. 1, p. 125 et 126, enseigne-t-il que dans le cas où le juge de paix se récuse pour une cause légitime, est malade ou décédé, et qu'il n'a point

de suppléant, ou qu'il y a aussi empêchement à l'égard de ce dernier, l'on doit appliquer les deux articles ci-dessus rapportés de la loi du 16 vent. an XII.

[[Le juge qui se récuse n'est plus rien, il ne peut plus rien statuer sur le différend qui lui est soumis; et de même qu'il ne pourrait juger le mérite de la récusation à laquelle il n'aurait point acquiescé, *Cass.*, 30 nov. 1809 (*J. Av.*, t. 16. p. 605), puisque l'appréciation en est réservée par l'art. 47 au tribunal d'arrondissement: de même il ne peut, quand il acquiesce, prononcer le renvoi devant un autre juge; car, ce serait faire un acte de juridiction dans une cause où il reconnaît lui-même que les actes de cette nature lui sont interdits. Mais rien n'empêche que le suppléant remplace le juge qui s'abstient.

Quand le titulaire et ses suppléants sont récusés ou empêchés c'est le tribunal d'arrondissement qui prononce le renvoi si la récusation est admise par lui, pourquoi ne le prononcerait-il pas aussi dans le cas où le juge déclare s'abstenir?

Cela nous paraît sans difficulté, pour le cas où le juge de paix était saisi, comme juge civil, de l'affaire dans laquelle il s'abstient. Mais, s'il l'était comme juge de police, on peut dire qu'alors c'est à la cour de cassation à prononcer le renvoi, par argument de l'art. 542, Code d'inst. crim., telle est du moins l'opinion de M. FAVARD DE LANGLADE, t. 4, p. 770.

Cet auteur cite à l'appui de son opinion un arrêt du 12 août 1813.]]

ART. 47. Dans les trois jours de la réponse du juge qui refuse de s'abstenir, ou faute par lui de répondre, expédition de l'acte de récusation, et de la déclaration du juge, s'il y en a, sera envoyée par le greffier, sur la réquisition de la partie la plus diligente, au procureur du Roi près le tribunal de première instance dans le ressort duquel la justice de paix est située : la récusation y sera jugée en dernier ressort dans la huitaine, sur les conclusions du procureur du Roi, sans qu'il soit besoin d'appeler les parties.

Tarif. 14.—[Notre Comment. du Tarif, t. 1, p. 39 et 40, nos 11 à 19.]—Loi du 26 oct. 1790; tit. 2, art. 6. —[Notre Dict. gén. de proc., vo *Justices de Paix*, nos 115 à 118.—Arm. Dalloz, vo *Récusation*, no 103 Carré, *Comp.*, 2e part., liv. 1er, tit. 1er, art. 90, *Q.* 124, éd. in-8o, t. 2, p. 244.— Carré, *Justices de paix*, t. 4, p. 133 à 139, nos 2916 à 2928.—Locré t. 21, p. 390, no 24, p. 523, no 12, p. 561, no 19.— QUESTIONS TRAITÉES : L'envoi au tribunal civil de la récusation et de la réponse du juge doit-il être fait d'office, s'il n'est pas requis dans les trois jours? *Q.* 200.— La partie adverse du récusant pourrait-elle s'opposer à l'acquiescement du juge de paix, et demander, nonobstant son consentement, l'envoi de l'acte de récusation et le jugement définitif? *Q.* 201.—Les parties peuvent-elles plaider sur la récusation devant le tribunal civil? *Q* 202. — Quelle marche faut-il suivre pour le jugement de récusation et le renvoi des pièces? *Q.* 203. — Quels seraient les effets du défaut de jugement dans le délai de huitaine fixé par l'art. 47? *Q* 203 *bis*. — Quelle marche la partie adverse du récusant devra-t-elle suivre pour mettre le tribunal dans la nécessité de rendre jugement? *Q.* 203 *ter*.—Quel doit être le sort de la procédure faite devant le juge de paix lorsqu'il y a récusation? *Q.* 204.—A quelle époque de la procédure la récusation doit-elle être opposée? *Q.* 205. — Le récusant qui succombe doit-il être condamné à l'amende? à des dommages-intérêts contre le juge? *Q.* 205 *bis*.]

XXXVIII. Suivant la loi de 1790, le juge de paix qui n'avait point répondu à l'acte de récusation était censé avoir consenti à s'abstenir, et ne pouvait rester juge. Le Code, au contraire, loin de regarder ce silence comme acquiescement, veut que le tribunal de première instance prononce; car il est possible que le juge de paix croie devoir ne point répondre, parce qu'il voudra s'en rapporter à ce qui sera décidé par les juges supérieurs. Ainsi, soit que le juge de paix refuse de s'abstenir, soit qu'il ne réponde pas, la récusation doit être jugée ainsi que nous venons de le dire no 199. (V. *Rap. au Corps légis.*)

200. *L'envoi au tribunal civil, de la récusation et de la réponse du juge, doit-il être fait d'office, s'il n'est pas requis dans les trois jours?*

Les parties peuvent se désister de la récusation ; d'un autre côté, elles doivent faire l'avance des frais d'expédition et de transport des pièces : le greffier doit donc attendre la réquisition. Le but évident de l'art. 47 est d'imposer au greffier l'obligation de ne pas laisser plus de trois jours sans faire l'envoi demandé; s'il dit que dans les trois jours de la réponse du juge l'expédition des pièces doit avoir lieu, c'est qu'il suppose que les diligences de la partie ont suivi de près. (*V.* DEMIAU CROUZILHAC, p. 45.)

[[Cet avis est avec raison, partagé par MM. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 120, et THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 125.]]

201. *La partie adverse du récusant pourrait-elle s'opposer à l'acquiescement du juge de paix, et demander, nonobstant son consentement, l'envoi de l'acte de récusation et le jugement définitif?*

M. DELAPORTE, t. 1, p. 41, déclare pencher pour l'affirmative, d'après le principe que les fonctions des juges ne sont pas purement volontaires, et que les magistrats ne sont pas les maîtres de s'en exempter sans causes légitimes, principe dont l'art. 381 n'est qu'une conséquence.

Quoi qu'il en soit, l'art. 47 prescrivant l'envoi de l'acte de récusation dans les trois jours de la réponse du juge qui *refuse de s'abstenir*, nous pensons qu'il s'explique suffisamment pour faire rejeter cette opinion, contre laquelle on pourrait opposer d'ailleurs que la loi a entendu épargner, en ce cas, les lenteurs qu'occasionnerait un jugement sur la récusation.

[[Des considérations graves militeraient pour l'opinion de M. Delaporte, mais le texte de l'article nous paraît trop formellement exclusif.]]

202. *Les parties peuvent-elles plaider sur la récusation devant le tribunal civil?*

Rien ne paraît s'opposer à ce que le tribunal admette les parties à proposer leurs moyens à son audience ; mais il ne doit à ce sujet permettre aucune procédure, ni allouer aucuns frais. Cependant, comme il est autorisé à statuer sur la récusation, sans qu'il soit besoin d'appeler les parties, il pourrait leur refuser l'audience qu'elles demanderaient s'il ne voyait aucune nécessité, et à plus forte raison s'il trouvait quelque inconvénient à les entendre. En tous les cas, la délicatesse fait un devoir au juge de paix de ne pas se présenter. (V. *Quest.* de LEPAGE, p. 90 ; *Bibl. du Barr.*, 1810, 1re part., p. 238 ; DELAPORTE, t. 1, p. 41.)

[[MM. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 122, et THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 125, pensent qu'il ne faut jamais entendre les parties à l'audience, cependant nous préférons l'opinion de M. Carré.]] *V.* **Supp. alph.**, v° *Récusation*, n. 103 et s.

203. *Quelle marche faut-il suivre pour le jugement de récusation et le renvoi des pièces?*

La loi ne l'indique pas dans les dispositions relatives aux justices de paix; mais on trouve des cas analogues dans les art. 394 et 395 : ces articles pourraient donc servir de règles. Ainsi, le procureur du roi remettrait les pièces au président, qui nommerait un juge sur le rapport duquel, et après les conclusions du ministère public, il serait rendu jugement. Alors la partie la plus diligente ayant requis expédition du jugement, le greffier du tribunal renverrait les pièces au greffier de la justice de paix.

M. Dumoulin dit que le procureur du roi ferait lui-même ce renvoi ; mais nous pensons qu'une fois que les pièces ont été remises au président, et que le jugement est rendu, elles doivent être déposées au greffe comme pièces de procédure, et que conséquemment c'est le greffier qui doit en faire le renvoi. (V. *Quest.* de LEPAGE, p. 90 ; *Biblioth. du Barr.*, 1810, 1re part. p. 238.)

[[Cette marche nous paraît aussi la plus convenable.]]

Add.—203 bis. *Quels seraient les effets du défaut de jugement dans le délai de huitaine fixé par l'art. 47?*

« En cette circonstance, dit M. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 121, le récusant doit « signifier à l'autre partie un certificat du greffier du tribunal, constatant ce « fait et indication du jour déterminé par le tribunal, sinon il sera passé outre « par le juge récusé, et ce qu'il fera sera valable ; encore que la récusation » fût admise ensuite. M. Pigeau tire cet argument de l'art. 396 du Code de pro- « cédure civile. »

M. CHAUVEAU Adolphe (*J. Av.*, t. 16, p. 661), trouve cette opinion bien rigoureuse ; il ne pense pas qu'il y ait entière parité entre cet article et l'art. 47. Dans le premier, dit-il, il y a déjà eu jugement qui a rejeté la récusation ; c'est une présomption qui permettra de passer outre en cas de retard ; de plus, il est accordé un délai d'un mois. Il faut observer d'ailleurs que, s'il y avait un retard, il ne proviendrait pas du fait de la partie, puisque le tribunal doit statuer sans elle, et que ce serait la rendre passible de la négligence des magistrats. Il estime, en conséquence, qu'on peut soutenir avec quelque fondement que l'art. 396 ne devrait pas être suivi ; le législateur aurait inséré la même disposition à l'art. 47 si telle avait été son intention. Ce sera à la partie adverse, si elle a à se plaindre du retard, à presser le tribunal de statuer.

Nous adoptons cette opinion avec d'autant plus de confiance que celle de M. Pigeau nous présente une violation manifeste du principe que les déchéances ne peuvent être suppléées; qu'elles doivent être expressément prononcées par la loi. **Carr. Supp. alph.**, v° *Just. de paix*, n. 282 et 283.

Add. — 203 ter. *Quelle marche la partie adverse du récusant devrait-elle suivre pour mettre le tribunal dans la nécessité de rendre jugement?*

Nous ne saurions en indiquer d'autre que celle prescrite par l'art. 507 du Code de procédure, et qui consiste dans la réquisition à faire au tribunal, en la personne du greffier, pour constater le déni de justice. **Carr.**

[[C'est en effet la seule voie que nous connaissions.]]

204. *Quel doit être le sort de la procédure faite devant le juge de paix, lorsqu'il y a récusation?*

Il faut distinguer :

1° La procédure antérieure à la récusation est valable, parce que la récusation n'a pas lieu de plein droit ; c'est une exception ; il faut statuer à son égard.

2° La procédure postérieure à la récusation jugée valable est nulle ; le juge de paix doit en supporter les frais : il peut même être condamné aux dommages-intérêts envers les parties. (V. *Quest.* de LEPAGE, p. 90 ; *Biblioth. du Barr.*, 1re part., p. 239.)

3° Si, au contraire, la récusation est rejetée, la procédure postérieure serait également susceptible d'annulation, parce que la récusation a suspendu

les pouvoirs du juge jusqu'à la décision définitive du tribunal. C'est ce que prouve évidemment la disposition de l'art. 387; c'est aussi ce qui a été jugé par arrêt de la Cour de cassation, du 15 février 1811. (*S.*, t. 11, 1re part., p. 253; *J. Av.*, t. 16, p. 604.)

[[Nous avons déjà adhéré à cette opinion, sous la *Quest.* 193.]]

205. *A quelle époque de la procédure la récusation doit-elle être opposée?*

La loi n'ayant fixé aucun délai, le récusant qui n'a pas encore comparu à l'audience, nous paraît recevable à opposer la récusation en tout temps, même au jour indiqué pour la comparution des parties; mais nous ne croyons pas qu'il le fût après une première comparution; car, comme le remarque M. LEVASSEUR, p. 69, n° 126, lorsque le demandeur figure dans la cause, il accepte le juge de paix pour juge; il renonce tacitement aux moyens de récusation qu'il pourrait avoir contre lui.

Mais on sent que cette décision ne peut s'appliquer au cas où les causes qui rendent le juge récusable seraient survenues depuis la comparution. (Arg. de l'art. 481.)

[[Cette question a été déjà traitée sous le n° 197.]]

[[**205** bis. *Le récusant qui succombe doit-il être condamné à l'amende? à des dommages-intérêts envers le juge?*

Le 6 juin 1831 (*J. Av.*, t. 43, p. 700), la régie de l'enregistrement a cru devoir résoudre la question de l'amende pour l'affirmative, et prescrire à ses employés de dénoncer au ministère public tout jugement qui, rejetant une récusation de juge de paix, aurait omis d'appliquer cette peine.

Cette décision est contraire à la loi; l'art. 390, qui prononce une amende, ne s'occupe que des récusations contre les juges des tribunaux de première instance ou des Cours royales. Les peines ne doivent pas s'étendre, et nous avons souvent fait observer qu'il ne faut appliquer les dispositions du livre II aux matières réglées par le livre 1er, que lorsque celui-ci est muet ou insuffisant sur des points indispensables. Or, parce que le liv. Ier ne parle pas d'amende, il ne s'ensuit pas qu'il y ait lacune, car cette peine n'a rien d'essentiel; on conçoit, au contraire, que le législateur ait voulu la supprimer, et se montrer moins sévère en matière de justice de paix, à cause du peu d'importance des causes qui s'y traitent. C'est, du reste, l'avis de MM. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 120, et THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 118.

L'arrêt de la Cour de cassation du 16 nov. 1825 (*J. Av.*, t. 30, p. 187) dont la régie essaie d'appuyer sa décision, ne milite nullement en sa faveur, car il a jugé, non pas que l'amende devait être prononcée contre celui qui succombait dans la récusation d'un arbitre, principe qui a été clairement repoussé par la Cour d'Orléans, le 21 mai 1818 (*J. Av.*, t. 18, p. 644), mais que, lorsqu'on la prononce, c'est au trésor qu'elle appartient et point à l'arbitre témérairement récusé.

Il est incontestable que le juge peut réclamer des dommages-intérêts lorsque la récusation porte atteinte à son honneur (C. civ. 1382); mais alors il doit s'abstenir de juger, puisqu'il se constitue en procès avec la partie; ainsi l'enseignent MM. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 120, et THOMINE DESMAZURES, t. 1er, p. 125.]]

LIVRE II.

DES TRIBUNAUX INFÉRIEURS (1).

Sous cette expression, *tribunaux inférieurs*, le Code, par opposition aux Cours royales, auxquelles ils sont subordonnés, désigne tous les tribunaux civils, c'est-à-dire les tribunaux de première instance ou d'arrondissement, et les tribunaux de commerce.

Les dispositions qui règlent la procédure à suivre dans ces tribunaux, indiquent les voies et moyens de procéder en toute affaire, depuis et compris l'essai de conciliation jusqu'au jugement inclusivement.

Cette procédure, objet des vingt-cinq titres qui composent le liv. II, peut être envisagée sous six rapports :

1° *Procédure préparatoire.* C'est celle de l'essai de conciliation (tit. 1er);

2° *Procédure simple ou ordinaire.* C'est celle que l'on suit en toutes affaires, et qui suffit pour l'instruction, depuis l'ajournement jusqu'au jugement, dans un procès dégagé d'exceptions et de toutes espèces d'incidents (tit. 2);

3° *Procédure incidente.* C'est celle qui, en outre des formalités de la procédure ordinaire, en prescrit de particulières concernant les exceptions (tit. 9), les preuves (tit. 10-15), les demandes incidentes (tit. 16), les reprises d'instance et constitutions de nouvel avoué (tit. 17), le désaveu (tit. 18), les règlements de juges (tit. 19), les récusations, soit du tribunal entier, soit d'un juge en particulier (tit. 20-21);

4° *Procédure relative à l'anéantissement de l'instance*, par péremption (tit. 22) et par désistement (tit. 23);

5° *Procédure sommaire*, pour certaines matières civiles en faveur desquelles la loi abrége les procédures ordinaires ou incidentes (tit. 24);

6° *Procédure commerciale.* C'est la procédure sommaire particulière aux affaires de commerce (tit. 25).

Ces différents points de vue sous lesquels nous envisageons, d'après M. Berriat Saint-Prix, la procédure à suivre dans les tribunaux inférieurs, présentent une division naturelle du liv. II en six parties, et facilitent l'intelligence de son plan et de ses différents objets.

---

(1) L'ancienne procédure était réglée, savoir :

MATIÈRES ORDINAIRES. Ordonn. de 1667. — le Procès-verbal des conférences. — Loi des 3 brum. an II, et 27 vend. an VIII. — Décret du 18 fruct. de la même année.

MATIÈRES SPÉCIALES. Ordonn. de 1757 sur le faux.

MATIÈRES COMMERCIALES. Ordonn. de 1773.

PREMIÈRE DIVISION.

TITRE Ier DU LIVRE II DU CODE (1).

De la Procédure préparatoire, ou de l'Essai en conciliation (2).

Le préliminaire de la conciliation est une tentative que fait le juge de paix, à l'effet de concilier, sur un procès près de naître, les parties qui se présentent devant lui volontairement, ou en vertu de citation.

La loi du 24 août 1790 créa cette formalité, que le Code a conservée, mais seulement pour les cas où elle peut évidemment être utile, et où les frais et les retards qu'elle occasionne ne doivent pas entraîner des inconvénients plus certains que les avantages qu'elle fait espérer. (*V.* Locré, t. 1, p. 106-113).

Les dispositions que le Code renferme à ce sujet établissent cette procédure, que nous appelons *préparatoire*, attendu que l'essai de concliation n'est point un acte *introductif* d'instance, mais un *préliminaire* indispensable pour qu'une instance soit introduite, si toutefois l'action n'est pas formellement exceptée. (Art. 49).

La loi y assujettit toute action *principale* et *introductive* d'instance susceptible de transaction, à raison de son objet et de la qualité des personnnes, dirigée contre moins de trois parties, et de nature enfin à devoir être nécessairement portée devant un tribunal de première instance. (Art. 48 et 49.)

Mais elle fait en même temps plusieurs exceptions à cette règle générale. Les unes sont détaillées dans l'art. 49 (*V.* les *Quest.* sur cet article); les autres sont spécialement désignées dans les art. 320, 345, 566, 570, 718, 839, 856, 871, 878, 883.

On remarquera que ces exceptions ne sont pas des prohibitions, mais seulement des *dispenses;* et que, par conséquent, il n'y aurait pas matière à nullité, si l'on avait essayé la conciliation dans une affaire pour laquelle la loi ne l'exige pas (3).

[[Voyez, dans le même sens, M. Boncenne, t. 2, p. 23.]]

D'un aure côté, trois principes sont aujourd'hui consacres par la jurisprudence, quoiqu'ils ne soient pas textuellement exprimés dans le Code:

Le premier, c'est que le *défaut de citation en conciliation se couvre par la procédure de la partie qui néglige de l'opposer:* d'où suit que le juge ne pourrait même la suppléer d'office, comme étant une exception d'ordre public (4);

[[*V.* la *Quest.* 243.]]

---

(1) Nous suivrons, pour le numérotage des titres de chaque division, la série du liv. II du Code. Ainsi, le numéro de chacun des titres d'une division est le même que celui qu'il se trouve avoir dans cette série; par exemple, le premier titre de la seconde division ci-après portera le n° 2, parce que c'est le numéro sous lequel il est placé dans le livre II du Code.

(2) *V.* sur la procédure antérieure, loi du 24 août 1790, tit. 10; 27 mars 1791; 21 germ. an II; 26 vent. an IV; Instruction du Comité de constitution, du 18 nov. 1790, chap. 1er.

(3) Montpellier, 5 août 1807 *J. Av.*, t. 7, p. 225).

(4) L'opinion contraire a été fortement soutenue par MM. Merlin, *Quest. de Droit*, au mot *Appel*, et Pigeau, éd. de 1807, t. 1er, p. 145; mais il faut céder à l'autorité d'une jurisprudence constante. (*V.* Berriat-Saint-Prix, p. 19, not. 27.)

Le second, c'est que, *dans le doute*, il faut décider pour la conciliation ; principe fondé sur les dispositions impératives de l'art. 48, et confirmé d'ailleurs par les exceptions portées en l'art. 49 (1) ;

Le troisième, c'est que le juge de paix n'étant ici que *conciliateur*, et non pas juge, il ne pourrait, sans excès de pouvoir et sous prétexte que l'affaire fût de la compétence de sa justice, rendre un jugement sur l'objet du litige (2).

Add.—Pour ne rien laisser à désirer sur la théorie de l'importante institution du préliminaire de conciliation, nous en avons balancé, dans notre *Traité des Lois de la Compétence*, les avantages et les inconvénients, exposé les considérations que nous avons cru justifier, le maintien que le législateur en a fait dans le Code de procédure civile ; mais, toutefois, en indiquant quelques améliorations dont cette institution nous a paru susceptible. Alors n'était pas encore paru l'excellent ouvrage de notre confrère M. Boncenne, sur la théorie de la procédure civile. Il est donc indispensable aujourd'hui de rapprocher de ce que nous avons écrit sur ce sujet ce qu'en a dit ce savant professeur. Mais il nous reste, pour compléter tout ce qu'il importe de savoir sur cette matière, à faire connaître comment elle a été envisagée dans les Codes de Genève et des Pays-Bas, qui, à tous égards, sont dignes de fixer l'attention du législateur, lorsqu'il s'occupera du grand travail de la révision du Code, dont, il faut en convenir, plusieurs dispositions sont aujourd'hui l'objet de justes critiques.

L'essai de conciliation n'a pas été entièrement rejeté par les savants jurisconsultes qui ont rédigé le Code de Genève ; mais, au lieu d'être forcé comme il l'est parmi nous, les articles 6 et 7 le déclarent seulement *facultatif*, excepté pour toutes demandes entre époux, entre ascendants et descendants, lesquelles ne peuvent être formées sans autorisation du tribunal, qui ne doit l'accorder qu'après avoir cherché à concilier les parties.

Dans le royaume des Pays-Bas, c'est au tribunal même saisi de la demande par l'exploit d'ajournement qu'il appartient d'essayer la conciliation entre les parties. « Le tribunal, dit l'art. 19 du Code, pourra, dans tous les cas, et « en tout état de cause, ordonner aux parties de comparaître en personne de- « vant lui, ou devant un ou plusieurs juges commis, à l'effet de se concilier. »

M. Boncenne a fait ressortir et la sagesse de ce mode simple et gratuit d'un essai de conciliation purement *facultatif*, que le Code de Genève a substitué à la tentative impérieusement exigée par le nôtre, et celle de la mesure adoptée dans celui du royaume des Pays-Bas. Si la nouvelle expérience à laquelle nos législateurs ont encore voulu soumettre l'institution des bureaux de paix, malgré les vives attaques que lui livrèrent, en 1806, la plupart des cours d'appel, dans leurs observations sur le projet de Code de procédure, ne répond pas à leur attente, on ne négligera pas sans doute de profiter des exemples que nous offrent les législations voisines, et il est probable que l'on adopterait tout à la fois et la mesure de l'essai *volontaire*, et celle non moins heureuse, à notre avis, quoique critiquée par M. Boncenne, de la médiation, pendant l'instance, des juges mêmes qui sont saisis de l'action.

Nous avons considéré l'ensemble des actes à faire en bureau de paix, pour essayer la conciliation, comme formant une procédure que nous avons ap-

---

(1) BERRIAT-SAINT-PRIX, p. 186, not. 5. C'est ainsi que la Cour de Rennes, par arrêt du 30 décembre 1819, a jugé qu'une partie qui s'était, en première instance, désistée de cette exception, ne pouvait la reproduire en cause d'appel. (*Journ.*, t. 5 p. 343.)

(2) Cass., 21 messid. an V. *S.*, t. 20 1re part., p. 474, et *J. Av.*, t. 7, p. 188.

pelée, avec presque tous les auteurs, *procédure préparatoire,* parce qu'en effet, comme le dit notre savant confrère, M. BERRIAT-SAINT-PRIX, p. 136. la tentative de conciliation qu'elle a pour objet n'est pas un acte d'instance, mais l'acte *préalable* d'une instance.

MM. BONGENNE, t. 2, p. 32, et [[BOITARD, t. 1, p. 80,]] contestent la justesse de cette qualification donnée au préliminaire de conciliation. Le premier de ces auteurs la considère comme un *désaccord de mots* et un *déplacement d'idées* tout contraire à la nature des choses. « *La procédure,* dit-il, *est la forme dans laquelle on doit intenter les demandes en justice, y défendre, intervenir, instruire, juger, se pourvoir contre les jugements et les faire exécuter.* Or, rien dans cette définition ne convient à la conciliation; ce n'est ni une demande, ni une instruction judiciaire, ni un jugement. Quand on a dit que le préliminaire de conciliation était une *procédure préparatoire,* et que l'on vient après, en pénétrant dans l'intérieur du procès, à parler des jugements préparatoires ainsi nommés, parce qu'ils sont rendus pour l'instruction de la cause, et qu'ils tendent à mettre le procès en état de recevoir jugement définitif, les notions se heurtent et se faussent; on reste avec cette impression, que l'essai de conciliation n'est qu'une formalité, une sorte de passe-port dont il faut faire la dépense pour entrer au palais. Le principe s'altère, se détruit, et les conséquences détournées viennent tourmenter la jurisprudence. »

Nous n'attacherions sans doute aucune importance à cette qualification que l'on a donnée à l'ensemble des actes du préliminaire de conciliation, si nous ne persistions pas à penser qu'elle est nécessaire pour établir une division méthodique de la procédure que composent les liv. 1 et 2 du Code. Nous essaierons donc de justifier cette qualification, en indiquant les raisons pour lesquelles nous ne pensons pas qu'elle puisse exposer aux erreurs de doctrine signalées par notre savant confrère; et d'abord, nous ne croyons pas qu'il soit exact de dire, en se fondant sur la définition qu'il donne de la procédure, que les actes que l'essai de conciliation exige ou suppose ne constituent pas une *procédure.* Cette définition de la procédure *en général* est, comme nous l'avons remarqué dans notre introduction, celle de la procédure en matière *contentieuse,* que l'on nomme *judiciaire,* et qui se compose des règles et des formalités prescrites pour parvenir à un jugement et à son exécution, par opposition à une autre espèce de procédure que l'on nomme *extrajudiciaire,* parce qu'elle comprend les règles et les formalités que doivent observer les juges, les officiers ministériels et les parties elles-mêmes, dans tout autre but que celui d'obtenir ou de faire exécuter un jugement.

Aussi avons-nous dit que la procédure, dans le sens le plus étendu du mot, est en général l'ensemble des règles et des formalités judiciaires.

Cela posé, on ne peut nous objecter la définition de la procédure contentieuse ou judiciaire, pour contester que les règles ou formalités du préliminaire de conciliation ne constituent pas une procédure, un mode d'agir en bureau de paix, pour parvenir à concilier les parties. Cette procédure devant être nécessairement suivie, afin qu'une action principale soit recevable en justice, est donc évidemment une mesure qui *prépare* l'introduction de l'instance, et par conséquent la qualification de *préparatoire* ne peut, en aucune manière, tendre à fausser les idées et à tourmenter la jurisprudence; elle est *préparatoire,* relativement à la procédure contentieuse, comme le sont effectivement par rapport aux jugements définitifs, ceux que l'on nomme également *préparatoires.* **Carr.**

ART. 48. Aucune demande principale introductive d'instance entre parties capables de transiger, et sur des objets qui peuvent être la

matière d'une transaction, ne sera reçue dans les tribunaux de première instance, que le défendeur n'ait été préalablement appelé en conciliation devant le juge de paix, ou que les parties n'y aient volontairement comparu.

[Notre Commentaire du Tarif, t. 1, p. 41, n° 3.]— Loi des 16-24 août 1790, tit. 10, art. 2.—Code civ. art 2045.—[Notre Dict. gén. de proc., v° *Autorisation de femme mariée*, n° 40; *Conciliation*, n°s 15, 47 *bis*, 49 à 53, 55 à 58, 61 à 84, 107, 115, 118, 139.—Devilleneuve, v° *Conciliation*, n°s 8 *bis* à 11, 15 à 18. — Arm. Dalloz, *eod*, n°s 6 à 44, 74 à 78. — Carré, *Comp.*, 2e part. liv. II, tit. 3, art. 258, *Q.* 252, éd. in-8°. t. 4. p. 55; 2e part., liv. III, tit. 2. § 1er, t. 6, p 3; 2e part., liv III, tit. 2, chap. 2. art. 322, t. 6, p. 324.—Carré, *Justices de paix*, t. 4. p. 140 à 147, n°s 2929 à 2941. — Locré, t. 21, p 194. p. 393. n° 27, p. 398, n° 31. p. 524, n° 15 et p. 562, n° 20.—QUESTIONS TRAITÉES: Qu'est-ce que l'on entend en général, par demande principale et introductive d'instance? *Q.* 206. — Une femme mariée autorisée à ester en justice, peut-elle être citée en bureau de paix, et s'y présenter pour répondre à la tentative de conciliation? *Q.* 207.]

XXXIX. Suivant les lois de l'Assemblée constituante, aucune action principale ne pouvait être reçue sans le préliminaire de la conciliation. La loi du 24 août 1790 exigeait même ce préliminaire avant de procéder en cause d'appel, comme avant d'intenter l'action. Le Code a restreint l'obligation aux demandes tout a la fois *principales et introductives d'instance* (1). On a considéré, avec raison, que toute formalité inutile présentait le double inconvénient de multiplier les frais et de retarder l'expédition des affaires. Or, à quoi bon eût-on exigé la conciliation sur une demande incidente, lorsque déjà les parties ont déclaré ne pas vouloir se concilier sur la demande originaire, et que celle-ci ne peut être décidée, suivant les circonstances, qu'après celle-là, ou conjointement avec elle. (Art. 338.)

D'un autre côté, la loi ne soumet à cette épreuve que *les parties capables de transiger*, parce qu'aux termes de l'art. 2045 du Code civil, il faut, à cet effet, avoir la capacité de disposer des objets compris dans la transaction, et que le but de la conciliation est d'opérer un arrangement, ou, ce qui est la même chose, une transaction entre les parties (2). Par la même raison, et comme il est des objets sur lesquels la loi ne permet pas de transiger, et ce sont tous ceux sur lesquels elle défend de compromettre (Cod. de proc., art. 8, 84, 1003 et 1004), l'essai (3) de conciliation n'est exigé que lorsqu'il s'agit d'objets qui ne se trouvent pas dans cette catégorie.

---

(1) *V.* la *Quest.* 206.

(2) Ainsi, l'on ne peut appeler en conciliation, 1° le mineur proprement dit, en aucun cas; 2° le mineur émancipé, que sur les seuls objets de pure administration (C. C., art. 481); 3° la femme mariée, que conjointement avec son mari. (*V.* ci-après, et C. C., art. 215, 1449, 1576.)

(3) Rapprochant l'art. 2045 du Code civil de l'art. 1003 du Code de procédure, on voit que tout ce qui ne peut être la matière d'un compromis ne peut être l'objet d'une transaction, si ensuite l'on consulte l'art. 1004, on trouve une disposition générale, qui détermine les objets sur lesquels on ne peut compromettre, et par conséquent transiger; mais cette disposition place parmi ces cas ceux où la contestation serait sujette à communication au ministère public: il faut donc lire encore l'art. 83. A ce moyen, et en consultant encore l'art 49, on connaîtra tous les objets pour lesquels il n'y a pas lieu au préalable de la conciliation, sauf ceux qui sont précisés dans les dispositions spéciales, indiquées p. 206.

[M. BOITARD, t. 1, p. 95, indique avec raison les mêmes articles de loi, comme servant à déterminer les objets non susceptibles de transaction. *V.* pour plus de développement, M. PIGEAU, *Proc. civ.*, art. 111 du chap. *des Transactions.*]

206. *Qu'est-ce que l'on entend, en général, par demande principale et introductive d'instance?*

Suivant tous les auteurs, une demande principale est celle par laquelle on commence une contestation ; c'est la première réclamation judiciaire que fait une partie, et qui constitue ce qu'on nomme le *fond*, ou le principal du procès, par opposition aux demandes que l'on appelle *incidentes*, parce qu'elles ne sont survenues que pendant l'instruction de la première.

L'art. 48 exige, pour que la demande principale soit sujette à l'essai de conciliation, qu'elle soit en même temps *introductive d'instance*.

Mais une demande introductive est aussi celle qui commence le procès. Ainsi, comme le remarque M. Pigeau, « ces deux conditions paraissent, au « premier coup-d'œil, se confondre. Cependant, avec un peu d'attention, dit-« il, on sentira aisément qu'elles diffèrent. Toute demande principale n'est pas « introductive d'instance; l'intervention, par exemple, qui est bien demande « principale, quant à l'intervenant, la garantie, qui l'est aussi quant au ga-« ranti, ne sont pas introductives d'instance, quoique demandes principales: « il n'est donc pas nécessaire qu'elles soient précédées de la tentative de con-« ciliation. »

Cette explication est parfaitement juste, mais elle exige, pour l'intelligence de l'art. 48, une autre définition que celle que les auteurs ont donnée.

Nous dirons, en conséquence, que la demande principale est celle que l'on forme pour la première fois contre une partie, et qui ne se rattache, ni quant à son objet, ni quant à ses motifs, à aucune autre demande déjà formée, soit contre cette partie, soit contre une autre. Ainsi, pour ne pas nous écarter des exemples donnés par M. Pigeau, la garantie est demande principale, parce qu'elle est pour la première fois formée contre le garanti, et ne se rattache à aucune demande déjà dirigée contre lui; mais elle ne sera pas introductive d'instance, si elle est formée sous le cours d'une contestation pendante entre le garanti et un tiers.

De même l'intervention est demande principale, puisque l'intervenant n'a encore formé aucune demande contre les parties litigantes, mais elle ne sera pas introductive d'instance, puisqu'il existe procès entre ces dernières.

Au contraire, la garantie sera demande tout à la fois principale et introductive, si elle n'est pas formée sous le cours d'une instance dans laquelle le garanti se trouverait déjà partie, ou après condamnation prononcée contre le garant, par suite d'une instance où le garanti n'aurait pas été appelé (1).

[[Cette définition des demandes, soit principales, soit introductives d'instance, nous paraît assez claire pour ne pas mériter d'autres développements. La plupart des auteurs s'expriment, sur ce point, à peu près dans les mêmes termes que M. Carré ; on peut consulter notamment MM. FAVARD DE LANGLADE, t. 1, p. 622 ; DALLOZ, t. 3, p. 706, nos 12 et 13 ; BONCENNE, t. 2, p. 2, et BOITARD t. 1, p. 98.

Le meilleur commentaire qu'on puisse donner de cette disposition de l'article 48, c'est une analyse des décisions judiciaires ou doctrinales qui en ont fait l'application aux diverses espèces.

Il n'a jamais pu s'élever aucun litige sur les demandes qui, à l'époque où on les intente, ne se rattachent point, n'ont aucune sorte de liaison avec une instance préexistante; c'est surtout pour celles-là que l'art. 48 a été écrit.

Mais, lorsque la nouvelle demande qui surgit a une affinité au moins apparente avec une instance précédemment introduite, il peut s'élever des doutes sur le véritable caractère de celle qui a pris naissance en dernier lieu.

---

(1) [*V.* sur ce dernier point, la *Quest.* 209 *quater.*]

Voici des exemples au moyen desquels on peut se faire des règles sûres pour lever ces doutes.

§ Ier. Sont soumises au préliminaire de conciliation comme principales et introductives :

1° Toute demande reconventionnelle qui n'est pas une défense ou exception à l'action principale, Orléans, 29 décembre 1819 (*J. Av.*, t. 7, p. 290); Agen, 31 mars 1824 (*J. Av.*, t. 27, p. 124).

Ainsi, dit M. BONCENNE, t. 2, p. 5, je réclame en justice le paiement d'un billet; le débiteur reconnaît son obligation, mais il m'oppose qu'il a le droit de passer sur un champ que j'ai fait clore, et il demande la suppression de la clôture. Évidemment, c'est une instance détachée du procès; c'est une demande qui ne peut être écoutée qu'après avoir été formée par ajournement séparé, et, par conséquent, après tentative de conciliation. (*V.*, dans le même sens, M. BOITARD, t. 1, p. 107.)

2° Les demandes introduites pour faire suite ou pour suppléer à une instance terminée, rejetée ou suspendue.

Ainsi, lorsqu'un tribunal civil annule pour incompétence un jugement rendu par un juge de paix, il ne peut ordonner que les parties procèderont devant lui sur les errements antérieurs à ce jugement, et sans essai préalable de conciliation : Cass., 6 germinal an II (*J. Av.*, t. 7, p. 150).

M. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 140, approuve cette décision, que dans sa note *Jurisprudence*, M. Carré citait aussi en la déclarant applicable sous l'empire du Code; mais M. THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 134, émet un avis opposé.

Ainsi encore, si devant le tribunal de police, le défendeur obtient son renvoi à fins civiles pour prouver sa propriété, il doit, s'il prend la voie du pétitoire, assigner en conciliation celui qui l'avait poursuivi : Grenoble, 23 mars 1820 (*J. Av.*, t. 7, p. 290) (*V.* notre *Quest.* 107 *ter*); et, lorsqu'après avoir prononcé sur une action possessoire portée devant lui, le juge de paix renvoie les parties à se pourvoir quant à la propriété devant les juges ordinaires, l'action au pétitoire doit être précédée du préliminaire de la conciliation : Bruxelles, 27 floréal an IX (*J. Av.*, t. 7, p. 179); à plus forte raison si, sur l'action au possessoire, le juge de paix s'est borné à une déclaration d'incompétence : Dijon, 2 décembre 1826 (*J. Av.*, t. 32, p. 176).

3° Les demandes nouvelles qui emportent abandon de la demande originaire, parce qu'elles sont incompatibles avec elle, ou qu'elles la rendent inutile.

D'où suit,

Qu'on ne peut enter une demande en partage d'une communauté légale sur une instance introduite en partage d'une communauté d'acquêts, puisque l'une a pour but l'exécution de la loi, et l'autre l'exécution de conventions mises à la place de la loi : Bordeaux, 3 mars 1827 (*J. Av.*, t. 32, p. 326).

Qu'après avoir conclu au paiement des arrérages d'un bail ou du prix d'une vente, on ne peut incidemment conclure à la résiliation ou à l'annulation de ces contrats : Cass., 11 pluviôse an IV (*J. Av.*, t. 7, p. 152), et Riom, 27 mars 1817 (*J. Av.*, t. 7, p. 274). En effet, disait M. Carré à la note *Jurisprudence*, les deux demandes diffèrent quant à leurs motifs, quoiqu'elles puissent conduire au même but. Au reste, ces décisions, qu'approuvent encore MM. BONCENNE, t. 2, p. 4, et BOITARD, t. 1, p. 105, sont néanmoins contrariées par un arrêt de la Cour de Bruxelles, du 10 mars 1830 (*J.* de cette Cour, t. 1 de 1830, p. 287), dont nous repoussons la doctrine.

Qu'on ne peut substituer, à une demande en rescision d'un acte de vente pour cause de lésion, celle qui tendrait au désistement des mêmes immeubles pour fait d'impignoration : Cass., 22 février 1809 (*J. Av.*, t. 7, p. 239).

Ou à celle qui tendait au paiement d'une somme, celle qui n'aurait pour but

qu'une déclaration d'hypothèque, Aix, 27 mai 1808 (*J. Av.*, t. 7, p. 233). Mais cette dernière décision est en opposition à un arrêt de la même Cour, sous la date du 16 août 1811 (*J. Av.*, t. 7, p 257), qui dispense du préliminaire la demande en remboursement de la créance incidente à l'action en déclaration d'hypothèque. Nous estimons que, dans l'un comme dans l'autre cas, la seconde demande n'est point principale, mais subsidiaire à la première; c'est l'avis de M. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 138.

4° Les demandes additionnelles, qui n'ayant pas fait l'objet de la tentative de conciliation, ne peuvent d'ailleurs être considérées comme l'accessoire de la demande principale : Grenoble, 8 frimaire an XI (*J. Av.*, t. 7, p. 190). Comme si, après avoir conclu, dit M. BOITARD, t. 1, p. 104, devant le bureau de paix, au paiement d'une somme, je vous assignais devant le tribunal tant pour payer cette somme que pour être condamné à me faire le délaissement d'un immeuble, ou à m'y laisser jouir d'une servitude. Évidemment, la seconde demande est inadmissible; voir l'opinion conforme de M. Carré, sous la *Quest.* 210. Mais si ma demande additionnelle se borne au paiement des intérêts de la somme réclamée, elle n'a plus le caractère de principale. Ces distinctions sont enseignées par MM. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 138, et MERLIN, *Question de Droit*, v° *Bureau de paix*, § 4. (*V.* la *Quest.* 210.)

5° La demande en exécution d'un testament, quoiqu'elle se trouve être la conséquence d'une demande en déclaration d'absence, parce qu'elle ne peut avoir de fondement légitime qu'après que cette déclaration a été prononcée, et, par conséquent, la première instance terminée; Orléans, 21 mars 1822 (*J. Av.*, t. 7, p. 292).

6° La demande en délaissement d'un héritage, intentée contre le propriétaire, quoiqu'elle survienne sous le cours d'une instance aux mêmes fins, dirigée contre l'usufruitier; Bourges, 29 août 1826 *J. Av.*, t. 32, p. 291). Ce n'est pas là une intervention, c'est la même action étendue à un second défendeur, qui a des intérêts différents du premier.

7° La demande en nullité d'une obligation, formée par des héritiers après la notification qui leur en a été faite aux termes de l'art. 877 du Code civil; car cette notification n'est ni une poursuite, ni un commencement de poursuite; Bourges, 9 mai 1821 (*J. Av.*, t. 23, p. 161).

8° La demande en indemnité que, dans l'instance en pension alimentaire dirigée par une mère contre ses enfants, l'un de ceux-ci dirige contre l'autre pour avoir seul entretenu sa mère pendant plusieurs années; Besançon, 8 janvier 1818 (*J. Av.*, t. 7, p. 278).

9° Les demandes en dommages-intérêts formées devant les tribunaux civils avant, pendant ou après le jugement sur la contravention, le crime ou le délit qui en sont la cause, si la partie lésée ne s'était point portée partie civile. Tel est l'avis de M. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 139. La Cour de Paris a bien jugé, le 30 janvier 1817, qu'une pareille demande, exercée contre un condamné aux travaux forcés à perpétuité, n'était pas soumise au préliminaire de conciliation, mais c'est une conséquence de la situation particulière de ce condamné, qui se trouve frappé d'une incapacité absolue.

§ 2. Ne sont pas sujettes au préliminaire de conciliation, comme non principales ou non introductives d'instance :

1° Les poursuites qui ne sont que la continuation ou la reprise d'une instance interrompue, soit par un compromis dont le résultat a laissé certains points de la contestation indécis; Cass., 3 mars 1830 (*S.*, t. 30, 1re part., p. 228), ou sur lequel les arbitres n'ont pas rendu de décision; Grenoble, 22 juillet 1818 (*J. Av.*, t. 7, p. 282), soit par toute autre cause; Bourges, 16 prairial an IX (*J. Av.*, t. 7, p. 179) : pourvu que l'instance, qu'il s'agit de continuer, ait été pré-

cédée elle-même de cette tentative, on ne peut être obligé d'y recourir deux fois pour le même objet.

Par la même raison, après la cassation d'un jugement, on peut ester devant le tribunal de renvoi, sans nouvel essai; Cass., 26 pluviôse an XI (*J. Av.*, t. 7, p. 191).

2° Les demandes reconventionnelles qui ne sont qu'une défense ou une exception à la demande principale; Cass., 17 août 1814 (*J. Av.*, t. 7, p. 270), et, par conséquent, les demandes en compensation, Grenoble, 17 janvier 1821 (*J. Av.*, t. 23, p. 16), et MM. BONCENNE, t. 2, p. 6, et BOITARD, t. 1, p. 106 et 107. On peut voir encore, sur ce point, l'opinion conforme de MM. FAVARD DE LANGLADE, t. 1, p. 622; DALLOZ, t. 3, p. 706, n° 12. La Cour de Limoges a aussi compris dans la dispense la demande reconventionnelle que, devant le bureau de paix, on se serait réservé de former, mais, sans en spécifier l'objet, 15 mai 1814 *J. Av.*, t. 7, p. 266). Cette décision nous paraît contraire à l'esprit de la loi, ne serait-il pas possible que, si l'objet de la reconvention eût été connu du demandeur, il se fût plus aisément prêté à un arrangement.

Le 13 février 1816 (*J. Av.*, t. 7, p. 274), la Cour de Besançon a considéré comme une défense à l'exception du défendeur, la demande par laquelle une partie, qui a intenté l'action en partage, conclut subsidiairement à la rescision, pour cause de lésion d'un acte de partage qu'on lui oppose comme fin de non-recevoir, et, la demande en partage ayant été précédée du préliminaire de conciliation, elle a pensé que cette demande en rescision n'y était pas soumise : la Cour de Paris avait jugé directement le contraire, le 4 frimaire an XII (*J. Av.*, t. 7, p. 206); et sa jurisprudence a été adoptée par la Cour de Bordeaux, le 16 mai 1834 (*J. Av.*, t. 47, p. 451).

Le système de la Cour de Besançon nous paraît plus conforme aux principes; la demande en rescision d'un acte nous semble devoir être regardée comme une véritable défense à l'action qui tend à en demander l'exécution. Le défendeur peut attaquer, par tous les moyens possibles, les titres en vertu desquels on le poursuit, et le demandeur ceux qu'on lui oppose comme exception. Il serait injuste de le forcer à se laisser d'abord condamner, sauf à demander plus tard l'annulation de l'acte qui aurait fait la base de cette condamnation.

3° La demande plus restreinte, qui se trouvait comprise dans l'étendue de la première; car si l'essai de conciliation a eu lieu pour le tout, on ne saurait dire qu'il a été omis pour une partie de ce même tout; Cass., 8 messidor an XI, et 4 novembre 1807 (*J. Av.*, t. 7, p. 200), et MERLIN, *Questions de Droit*, v° *Bureau de paix*, § 4. *V.* la *Quest.* 210.

Ce principe doit s'appliquer en général à toutes les demandes subsidiaires qui, d'ordinaire, ne sont que des restrictions de la demande principale; Orléans, 22 février 1826 (*J.* de cette Cour, t. 2, p. 546); par exemple, à la prétention d'un droit de passage substituée à celle de la propriété du terrain litigieux; Cass., 16 novembre 1829 (*J. P.*, t. 1 de 1830, p. 375); ou à la demande en supplément de légitime substituée à une demande en partage de la succession; Grenoble, 9 avril 1806 et 28 août 1810 (*J. Av.*, t. 7, p. 218 et 255).

4° Les poursuites relatives à l'exécution d'un jugement; Cass., 14 août 1811 (*J. Av.*, t. 7, p. 256); celles, par exemple, qu'une femme intente contre son mari, après la séparation de biens, en paiement de ses reprises; Cass., 14 août 1814 (*D.*, t 9, p. 436); ou d'un acte authentique; Grenoble, 4 décembre 1830 (*J.* de cette Cour, t. 5, p. 207); les demandes en nullité d'un acte d'instruction survenu dans une instance comme une expertise, une enquête; Florence, 23 juin 1810 (*J. Av.*, t. 7, p. 251).

5° La demande qui, sous un autre nom, serait pourtant la même que celle qu'on avait annoncée dans la citation en conciliation; ainsi, après avoir tenté de se concilier sur une action en bornage, on peut valablement assigner en

délaissement des parties de terrain qui seraient reconnues, par suite de l'arpentage, n'être point la propriété du défendeur; Poitiers, 11 février 1831 (*J. Av.*, t. 40, p. 304).

6° La demande en péremption; car elle n'est ni principale, ni introductive d'instance; Poitiers, 14 août 1806 (*J. Av.*, t. 7, p. 218); dans notre Commentaire du Tarif, t. 1, p. 384, n° 4, nous refusons le droit de consultation à l'occasion d'un incident de cette nature; toutefois, les tribunaux de la Seine et du Rhône sont divergents d'opinion entre eux sur la légalité de ce droit (*V. J. Av.*, t. 37 p. 5, et t. 42, p. 334).

7° Quant aux demandes en tierce opposition, *V.* la *Quest.* 1724.

8° L'action hypothécaire a été suffisamment soumise à l'essai de conciliation, lorsque le demandeur a cité le défendeur, tant en sa qualité d'héritier du débiteur qu'en celle de biens tenant; Cass., 10 décembre 1806 (*J. Av.*, t. 7, p. 115).

Les mêmes règles s'appliquent aux demandes qu'il est permis ou non de former pour la première fois, sur l'appel. On trouvera donc de nouveaux éclaircissements sur cette matière, sous l'art. 464. *V.* aussi *Q.* 1410 *bis.*]] **Supp. alph.**, v° *Conciliation*, n. 1 et s.

207. *Une femme mariée autorisée à ester en justice, peut-elle être citée en bureau de paix, et s'y présenter pour répondre à la tentative de conciliation?*

Oui, sans doute, car l'autorisation d'ester en justice renferme nécessairement celle de faire tous les actes, de remplir toutes les formalités que le procès rend nécessaires; Cass., 3 mai 1808 (*J. Av.*, t. 5 p. 39). Mais si la tentative de conciliation avait pour résultat d'opérer une transaction, l'autorisation, valable pour comparaître et pour répondre, ne rendrait pas cette transaction valide, s'il n'y avait eu autorisation spéciale du mari, afin de transiger. La raison en est qu'il ne se serait plus agi d'un procès, mais d'un contrat qui, aux termes des art. 217 et 218 du Code civil, ne peut être passé par la femme sans une semblable autorisation.

Ceux qui ont prétendu que la femme mariée ne devait pas être appelée en conciliation, se fondent sur ce que l'art. 48 ne prescrit ces préliminaires qu'*entre personnes capables de transiger.* Or, comme nous venons de le dire, la femme ne peut le faire sans autorisation. M. Denevers, sur l'arrêt précité, fait observer que, parmi les demandes que l'art. 49 dispense, on trouve bien celles qui intéressent les *mineurs*, *les interdits*, *les curateurs aux successions vacantes*, mais non pas *les femmes mariées :* d'où l'on peut conclure, dit-il, que la demande principale qu'on veut former contre une femme mariée n'étant pas comprise dans l'exception, doit subir l'épreuve de la conciliation. Telle est aussi notre opinion, fondée sur ce que l'incapacité de la femme n'est point *absolue*, comme celle des mineurs, des interdits, etc. C'est aussi celle que professe M. BERRIAT, p. 187, not. 10.

Add. — M. BONCENNE, t. 2, p. 17, critique l'opinion que nous avons émise sur cette question, et qui a été adoptée par M. DALLOZ, t. 3, p. 719, en se fondant sur ce que la femme autorisée, soit par son mari, soit par la justice, à réclamer ou à défendre ses droits, ne renferme point celle d'en disposer, et, par conséquent, de transiger, raison pour laquelle M. Favard de Langlade place les femmes simplement autorisées à *ester en justice*, au nombre des personnes mariées, que l'on est dispensé d'appeler en bureau de paix.

Nous répondons par cette maxime si souvent répétée, tant est palpable la vérité qu'elle exprime : *Qui veut la fin veut les moyens.* Or, on ne peut former demande en justice qu'autant que la conciliation a été tentée; donc, la femme autorisée à *ester en jugement*, l'est virtuellement pour répondre à la tentative de conciliation. Voilà ce que nous avons soutenu en nous fondant sur l'arrêt de la Cour de cassation du 3 mai 1808, et sur l'opinion de M. Berriat Saint-

Prix, qui ne considère comme dispensées du préliminaire de la conciliation, lorsque la loi ne les a pas formellement désignées, que les personnes qui sont *absolument* incapables de transiger, et non pas celles qui, comme la *femme mariée*, que la loi ne désigne pas, peuvent le faire *indirectement* par l'intermédiaire de leurs administrateurs, et en observant certaines formes.

Mais, dit M. Boncenne, la loi ne parle point de l'héritier bénéficiaire, comme elle ne parle point de la femme mariée; elle ne s'explique qu'à l'égard des mineurs, des interdits, etc., et pourtant on est d'accord pour comprendre l'héritier bénéficiaire dans l'exception (*V.* la *Quest.* 207 *bis*), parce qu'il est incapable de transiger, à moins qu'il ne veuille abdiquer sa qualité, et se rendre héritier pur et simple, ce qui n'est pas présumable.

On peut répondre qu'il n'y a nul rapport d'analogie à établir entre la femme mariée et l'héritier bénéficiaire : l'incapacité de la première est purement relative, celle du second est absolue. La transaction consentie par la femme peut se vivifier par l'autorisation subséquente du mari; celle que l'héritier bénéficiaire a passée n'est validée que par la perte de sa qualité. Il est considéré comme l'ayant abdiquée en transigeant. C'est précisément parce qu'il n'est pas *présumable* qu'il veuille se placer dans cette position, qu'il sera dispensé du préliminaire de conciliation; mais la femme mariée qui transige ne court aucun risque de ce genre; il est permis de *présumer* que son mari ou la justice ratifieront, par leur autorisation, la transaction qu'elle aurait consentie en bureau de paix, présomption qui devient d'autant plus forte, qu'elle est déjà autorisée à *ester en jugement*.

Ainsi donc maintenant, pour terminer la solution de notre question, nous dirons seulement que l'autorisation d'ester en justice ne le sera pas, pourque la transaction passée par la femme reçoive son exécution, si elle n'est pas ratifiée par le mari, ou par la justice à son défaut. **Carr.**

[[Cette question est encore controversée parmi les auteurs, quoique, dans la pratique, il soit d'un usage général de citer en conciliation la femme défenderesse, conjointement avec son mari, pour que celui-ci soit à portée de l'autoriser à faire tous les arrangements qui lui paraîtraient opportuns.

Nous croyons que c'est la marche la plus prudente, et peut-être aussi la plus conforme à l'esprit de la loi, mais nous sommes loin de la croire obligatoire. Ce n'est qu'avec le défendeur lui-même qu'il est commandé d'essayer la conciliation; nulle disposition n'oblige d'appeler aussi les personnes sous la dépendance ou l'autorité desquelles le défendeur peut se trouver.

La difficulté se trouve donc réduite au point de savoir si une autorisation de plaider emporte l'autorisation de se concilier. Évidemment non, puisque, dans le premier cas, il s'agit de défendre ses droits; dans le second, de les abandonner.

Aussi, les auteurs qui soutiennent que la femme doit citer et être citée en conciliation enseignent aussi qu'une autorisation spéciale lui serait nécessaire pour se concilier. Mais nulle loi, nous le répétons, n'oblige la partie à attendre l'autorisation du mari de son adversaire, ni à la provoquer.

Ces deux points une fois admis, que la femme ne peut se concilier sans autorisation, que sa partie adverse n'est pas tenue de demander cette autorisation au mari, il s'ensuit nécessairement, croyons-nous, que la femme ne doit pas citer ni être citée en conciliation; car cette épreuve ne doit, aux termes de l'art. 48, être tentée qu'entre parties capables de transiger, et la femme mariée ne l'est point. Vainement on invoque, pour l'opinion contraire, l'arrêt de la Cour de cassation, du 3 mai 1808 (*J. Av.*, t. 5, p. 39); car, d'un côté, cet arrêt juge non pas que la femme mariée doit être appelée en conciliation, mais que, si elle l'est, cette circonstance n'entraîne pas la nullité des poursui-

tes, ce qui est incontestable (*V.* aux préliminaires du titre); en second lieu, cet arrêt énonce clairement qu'il y avait nullité de la transaction qui serait intervenue au bureau de paix sans autorisation spéciale; enfin, il a été rendu sous l'empire de la loi du 16 août 1790, qui soumettait à la conciliation toutes les causes indistinctement, sans excepter, comme le fait avec plus de sagesse l'art. 48 du Code de procédure civile, celles qui s'agitent entre parties *incapables de transiger.*

Mais du moment que la transaction est impossible, ou qu'elle dépend d'une rectification qu'on n'est pas tenu d'attendre, est-il raisonnable de la tenter? Ce serait, dit M. BONCENNE, t. 2, p. 18, réduire cette tentative à une pratique toute sèche, sans intention, sans moralité.

Cette opinion est encore défendue par MM. FAVARD DE LANGLADE, t. 1, p. 622 et 623, et BOITARD, t. 1, p. 88; mais celle de M. Carré est partagée par MM. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 138, et DALLOZ, t. 3, p. 719, à la note.

On sent, du reste, que nous exceptons les affaires ayant trait à des objets dont la femme mariée a la libre disposition, aux termes des art. 220, 1449 et 1576 du Code civil. (*V.*, sur ces cas particuliers qu'ils envisagent comme nous, MM PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 139, et BOITARD, t. 1, p. 88.)

Si le procès intéresse la dot de la femme, la conciliation ne pourrait avoir lieu, même avec l'autorisation du mari, à cause de l'inaliénabilité. C'est ce que fait observer avec raison M. THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 131.]] SUPP. alph, n. 11.

ART. 49. Sont dispensées du préliminaire de la conciliation,

1° Les demandes qui intéressent *l'Etat et le domaine*, les communes, les établissements publics, les mineurs, les interdits, les curateurs aux successions vacantes (1);

2° Les demandes qui requièrent célérité;

3° Les demandes en intervention ou en garantie;

4° Les demandes en matière de commerce;

5° Les demandes de mise en liberté; celles en mainlevée de saisie ou opposition, en paiement de loyers, fermages ou arrérages de rentes ou pensions; celles des avoués en paiement de frais;

6° Les demandes formées contre *plus de deux parties*, *encore qu'elles aient le même intérêt*;

7° Les demandes en vérification d'écriture, en désaveu, en règlement de juges, en renvoi, en prise à partie; les demandes contre un tiers saisi; et en général sur les saisies, sur les offres réelles, sur la remise des titres, sur leur communication, sur les séparations de biens, sur les tutelles et curatelles, et enfin toutes les causes exceptées par les lois.

[Notre Comm. du Tarif, t. 1, p. 41, n°s 3 et 4, et t. 2, p. 102, n° 12.] — Loi du 27 mars 1791, art. 18. — Loi du 11 brum., art. 27.—Code de proc., art. 69, 72, 193, 315, 320, 345, 400, 404, 566, 570, 718.

---

(1) M. PIGEAU, t. 1, p. 35, ajoute *les héritiers bénéficiaires*, et M. PAILLET, p. 380, atteste que son opinion a été plusieurs fois consacrée sur sa plaidoirie, par les tribunaux d'Orléans. Mais il est à remarquer que si ces héritiers citaient ou étaient cités en conciliation, et y comparaissaient, ce fait ne les rendrait pas *indistinctement* héritiers purs et simples; ils ne le deviendraient, à notre avis, qu'autant qu'ils transigeraient sur la propriété. (*V.* TOULLIER, t. 4, p. 556.)

[*V.* la *Quest.* 207 *bis.*]

793, 839, 856, 871, 878, 883.—[Notre dict. gén. de proc., vis *Conciliation*, nos 1 à 14, 16 à 41, 43, 45, 47, 48, 54, 59, 60 et 85; *Saisie arrêt*, n° 152 — Devilleneuve, v° *Conciliation*, nos 1 à 8, 12 à 14, 19 à 29 —Arm. Dalloz, *eod.*, nos 45 à 73, 79, 86. — Carré, *Comp.*, 1re part., tit. 5, chap. 2, n° 120, à la note, et 2e part., liv. III, tit. 2, chap. 2, art. 321 et 322; éd. in-8°, t. 1, p. 108, et t. 6, p. 304 et 324, —Carré, *Justices de paix*, t. 4, p. 147 à 166, nos 2941 à 2967. — Locré, t. 21, p. 190, nos 5 et 6, p. 395, n° 28, p. 493, n° 187, p. 526, n° 16 et p. 563, n° 21. — QUESTIONS TRAITÉES : La demande formée par un héritier bénéficiaire ou contre lui, est-elle dispensée de l'essai de conciliation? *Q.* 207 *bis*. — Doit-on essayer la conciliation avec un curateur comptable? *Q.* 207 *ter*. — L'étranger doit-il être cité en conciliation? *Q.* 207 *quater*.—Si une demande est formée par ou contre deux parties dont l'une est assujettie au préliminaire, et l'autre en est dispensée, ou pour deux objets qui se trouvent dans le même cas, que faut-il décider? *Q* 207 *quinq*. — Lorsque, de plusieurs demandeurs ayant le même intérêt, un seul a tenté la conciliation, peut-on opposer aux autres le défaut de ce préliminaire? Q. 207 *sex*. — Une demande en reddition de compte que forme un tuteur contre un mandataire auquel, en sa qualité, il avait donné pouvoir de toucher une somme appartenant au mineur, est-elle dispensée du préliminaire de la conciliation. *Q.* 307 *sept*.—Y a-t-il dispense de citer en conciliation, lorsque le président du tribunal civil a donné conformément à l'art. 72, permission d'assigner à bref délai devant son tribunal? *Q.* 208.—La demande en paiement d'un billet à ordre doit-elle, dans le cas où le signataire n'est point négociant, être précédée de l'essai de conciliation? *Q.* 209. — Les demandes en mainlevée d'opposition à mariage sont-elles dispensées de la tentative de conciliation? *Q.* 209 *bis*. — Quelles sont les demandes que la jurisprudence a considérées comme requérant célérité? *Q.* 209 *ter*.— Faut-il, pour être dispensé du préliminaire de conciliation, faire préalablement déclarer l'urgence de la demande? *Q.* 209 *quat*.—Le § 3 de l'art. 49 s'applique-t-il à toute espèce de garantie? *Q.* 209 *quinq*. — Une demande additionnelle doit-elle être soumise à la conciliation, et en est-il de même d'une demande réduite dans le cours de l'instance? *Q.* 210. — Les officiers ministériels autres que les avoués sont-ils, comme ceux-ci, dispensés du préliminaire de conciliation? Les avocats le sont-ils pour leurs demandes d'honoraires? *Q.* 211.—Quelles sont les demandes que la jurisprudence a comprises ou non dans le § 5 de l'art. 49? *Q.* 211 *bis*. — Pour savoir si l'on a pu se dispenser de l'essai de conciliation lorsque la demande a été formée contre plus de deux parties, doit-on compter les parties réellement assignées, sans examiner si le demandeur a en tort ou raison de les comprendre dans l'assignation? *Q.* 212.—Une action intentée par plus de deux demandeurs est-elle dispensée de la tentative de conciliation, comme celle qui le serait contre plus de deux défendeurs? *Q.* 212 *bis*.—Faut-il essayer la conciliation, si la demande à former est dirigée contre deux maris et leurs femmes obligés pour la même dette? *Q.* 212 *ter*. — La dispense du préliminaire de conciliation, lorsqu'il y a plus de deux défendeurs, s'applique-t-elle aux demandes formées contre plusieurs personnes qui ne forment ensemble qu'un seul être moral, comme des associés ou des créanciers unis? *Q.* 213. — Mais suffit-il, pour être dispensé de la conciliation, de former la demande contre plusieurs, si, dans la réalité, on n'assigne qu'une partie? *Q.* 214. — Comment faut-il entendre la disposition qui dispense de l'essai de conciliation les demandes formées contre plus de deux parties, quoiqu'elles aient le même intérêt? *Q.* 214 *bis*. — Une femme séparée de biens, qui, en réclamant les arrérages de rentes convenancières, demande en même temps que celui qui a acquis de son mari, la tenue qui lui appartient, la reconnaisse pour propriétaire, attendu la nullité de cette vente, serait-elle obligée d'essayer la conciliation? *Q.* 215. — L'action en rejet d'un compte rendu au mineur pendant sa minorité, est-elle sujette à l'essai de conciliation, lorsqu'elle doit-être formée par ce mineur devenu majeur? *Q.* 216.—Le mineur peut-il être appelé en conciliation, lorsqu'il est émancipé, et que l'objet n'excède pas les bornes de sa capacité? *Q.* 217. — Le préliminaire de conciliation est-il nécessaire, quand la demande en validité d'une saisie-arrêt n'est que la conséquence d'une demande principale, dans le cas, par exemple, où l'on demande condamnation pour un billet, et, pour en faciliter le paiement, la validité d'une saisie-arrêt? *Q.* 218. — Comment faut-il entendre ces mots : *les demandes en remise de titres*? *Q.* 218 *bis*. — Quelles sont les autres demandes dispensées par les lois? *Q.* 218 *ter*. — Le juge de paix peut-il, lorsque les parties comparaissent, soit sur citations, soit volontairement pour essayer la conciliation, suppléer d'office l'exception d'incompétence résultant de ce que la cause serait dispensée? *Q.* 218 *quater*. — Si la partie citée devant le juge de paix prétend l'avoir été mal à propos, ce magistrat doit-il prononcer sur le mérite de cette fin de non recevoir? *Q.* 218 *quinq*. — Le juge de paix pourrait-il refuser d'entendre les parties sur une demande qui aurait pour objet de se concilier sur l'action civile résultant d'un fait punissable par voie criminelle? *Q.* 218 *sex*. — En ce cas, devrait-il dénoncer le délit, aux termes de l'art. 29 du Code d'inst. crim.? *Q* 218 *sept*.]

V. *infrà*, p. 225, Q. 214 *ter*; p. 230, Q. 217 *bis* et 217 *ter*.

XL. La loi de 1790 avait excepté de la règle générale les affaires qui eussent intéressé la nation, les communes et l'ordre public. L'art. 49 du Code a étendu cette exception, à raison de la qualité des parties ou de la nature de l'affaire, à un grand nombre d'objets dont la plupart avaient été déjà dispensés du préliminaire, soit en vertu des instructions données, en 1790, par le comité de constitution, soit en vertu de la jurisprudence. (*Avis* des 26 novembre, 12 décembre 1790 et 11 juin 1791.)

[Q. 207 bis. *La demande formée par un héritier bénéficiaire ou contre lui, est-elle dispensée de l'essai de conciliation?*

Sans doute, l'héritier bénéficiaire a toute capacité pour transiger; mais il ne

peut le faire qu'en renonçant à cette qualité de bénéficiaire qu'il a prise, et en devenant héritier pur et simple, et, comme on ne peut présumer cette renonciation, il est inutile de faire une tentative qui naturellement ne doit produire aucun résultat.

Tel est l'avis unanime de MM. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 141; FAVARD DE LANGLADE, t. 1, p. 625; DALLOZ, t. 3, p. 707, n° 14; THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 131; BONCENNE, t. 2, p. 17, et BOITARD, t. 1, p. 89.

Il a été consacré par arrêts des Cours d'Orléans, 19 février 1819 (*J. Av.*, t. 7, p. 283); de Grenoble, 6 mars 1823 (*J. Av.*, t. 25, p. 76), et de Toulouse, 12 décembre 1835 (*J. Av.*, t. 51, p. 579). La même doctrine s'applique, suivant un arrêt de la Cour d'Orléans, du 6 août 1812 (*J. Av.*, t. 7, p. 260), aux contestations intéressant une succession qui est représentée par un légataire universel, qui a accepté sous bénéfice d'inventaire. V. *sup.*, p. 217, note 1.]] **Supp. alph.**, n. 14.

[[**207** ter. *Doit-on essayer la conciliation avec un curateur comptable?*

Non, puisqu'il n'a pas le pouvoir d'aliéner, et que le § 1er de l'art. 49 désigne nommément, comme en étant dispensés, les curateurs aux successions vacantes. C'est ce qu'a jugé la Cour de Rennes, le 28 août 1813 (*J. Av.*, t. 7, p. 262.]]

[[**207** quater. *L'étranger doit-il être cité en conciliation?*

La difficulté vient de ce que l'art. 50 désigne, comme bureau de conciliation, celui du domicile du défendeur, même en matière réelle. Or, l'étranger n'a point, la question le suppose, de domicile en France; la Cour de Metz, le 26 février 1819 (*J. Av.*, t. 7, p. 286), en a tiré la conséquence qu'il n'y a pas lieu à l'essai de conciliation.

Par un arrêt du 22 avril 1818 (*J. Av.*, t. 8, p. 667), la Cour de cassation a combattu cette considération, en disant que l'étranger doit, aux termes de l'article 69, être assigné au domicile du procureur du roi, près le tribunal où est portée la demande.

Nous approuvons, avec M. FAVARD DE LANGLADE, t. 1, p. 625, la doctrine de la Cour de cassation.

Objecterait-on qu'il ne s'agit pas de savoir où l'on remettra la copie de l'exploit, mais devant quel bureau de paix on assignera, ce que n'explique pas l'art. 69?

Nous répondrons qu'il faudrait alors déclarer que toute demande pure personnelle, dirigée contre un Français n'ayant ni domicile ni résidence connus, est dispensée du préliminaire de conciliation, ce qui n'a encore été soutenu par personne.

Nous ajouterons enfin que la même difficulté peut être soulevée pour l'assignation devant le tribunal civil : dans ces deux hypothèses, la position étant identique, le demandeur choisit le tribunal, et assigne conformément aux dispositions de l'art. 69 du Code de procédure.]] **Supp. alph.**, n. 15.

[[**207** quinq. *Si une demande est formée par ou contre deux parties, dont l'une est assujettie au préliminaire, et l'autre en est dispensée, ou pour deux objets qui se trouvent dans le même cas, que faut-il décider?*

Il est bon de distinguer, dans la première hypothèse, si la demande, quoique formée par deux parties conjointement, est susceptible de division; c'est-à-dire si l'on peut concevoir la possibilité d'une transaction pour la partie capable, indépendamment des droits de celle qui ne l'est point, alors le demandeur capable devra assigner en conciliation; ainsi l'ont jugé la Cour de

cassation, le 30 mai 1814 (*J. Av.*, t. 7, p. 268), et celle de Toulouse, le 12 décembre 1835 (*J. Av.*, t. 51, p. 579). C'est aussi l'opinion de MM. FAVARD DE LANGLADE, t. 1, p. 623; BERRIAT SAINT-PRIX, p. 187, not. 10, 2°, et BONCENNE, t. 2, p. 16, à la note.

De même, en matière divisible, le défendeur cité en conciliation ne peut se plaindre que son coïntéressé ne l'a pas été; Cass., 22 juin 1835 (*J. Av.*, t. 50, p. 146); mais un arrêt de la Cour d'Orléans, du 13 février 1819 (*J. Av.*, t. 7, p. 282), semble implicitement admettre le principe opposé à celui qui a dicté ces solutions. Nous n'approuvons pas sa doctrine.

Par la raison contraire, il n'y aura pas lieu à l'essai, même pour la partie capable, si l'objet est indivisible; Bordeaux, 29 août 1333 (*J. Av.*, t. 47, p. 601).

Mais s'il s'agit de deux affaires, dont l'une est susceptible de transaction et l'autre ne l'est pas, ou dont l'une est ordinaire et l'autre urgente, y aura-t-il dispense pour le tout, si on les intente simultanément.

M. THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 133, se prononce pour l'affirmative, parce que, dit-il, on ne peut forcer le demandeur, soit à ne pouvoir former toutes ses demandes par un même exploit, soit à souffrir, pour l'une d'elles, le préjudice que les délais pourraient occasionner.

Nous répondons : 1° que rien n'empêchera le demandeur de former ses demandes par le même exploit, après qu'il aura tenté la conciliation pour celle qui en est susceptible; 2° que, si l'autre est urgente, il ne peut se plaindre, en obtenant la faveur de l'abréviation des délais, d'être tenu à une procédure séparée par deux causes qui ne sont pas de la même nature. Aussi la tentative a-t-elle été jugée nécessaire en pareil cas par les Cours d'Aix et de Paris, le 8 janvier 1825 (*J. Av.*, t. 28, p. 36, et t. 30, p. 29.)]] **Supp. alph.**, n. 13.

[[**207** sex. *Lorsque, de plusieurs demandeurs ayant le même intérêt, un seul a tenté la conciliation, peut-on opposer aux autres le défaut de ce préliminaire?*

Par arrêt du 2 mars 1814 (*J. Av.*, t. 7, p. 262), la Cour de Paris a jugé la négative, quoique la matière ne fût pas indivisible. Cet arrêt nous semble en opposition avec le principe de la solution précédente ; car si un coïntéressé dispensé du préliminaire n'en dispense pas celui qui agit conjointement avec lui, il faut décider, par une raison semblable, que l'accomplissement de la formalité par un seul ne peut profiter à l'autre, et il doit en être ainsi; car rien n'indique que la conciliation, qui n'a pu avoir lieu avec le premier, eût également échoué avec le second. Aussi, l'arrêt que nous venons de citer a-t-il été critiqué par M. Coffinières.]]

[[**207** sept. *Une demande en reddition de compte que forme un tuteur contre un mandataire, auquel, en sa qualité, il avait donné pouvoir de toucher une somme appartenant au mineur, est-elle dispensée du préliminaire de la conciliation?*

La Cour de Poitiers a jugé la négative, le 13 mai 1829 (*J. Av.*, t. 37, p. 125), par le motif que la somme ayant été payée au mandataire du tuteur, celui-ci en était devenu personnellement comptable envers son pupille; d'où suit que le procès n'existait qu'entre le tuteur et son mandataire.

Ce système ne nous paraît pas fondé. La difficulté consistait à savoir si le mineur était intéressé dans cette demande en reddition de compte; car l'exception du § 1er de notre article est ainsi conçue : « *Les demandes qui intéressent les mineurs.* » Or, il s'agissait au fond d'une somme d'argent due au mi-

teur. C'était non en son nom personnel, mais en sa qualité de tuteur que celui-ci avait donné le mandat, et qu'il demandait le compte; à la vérité, ce n'était pas le mineur qui avait donné le mandat, parce qu'il n'administre pas ses biens; ce n'était pas lui qui intentait l'action en reddition de compte, parce qu'il n'exerce pas ses actions; mais c'était pour lui que le mandat avait été donné, c'était en son nom que la demande était intentée; il n'était donc pas sans intérêt, et on ne pouvait pas dire que le tuteur eût le droit de transiger sur la demande en reddition de compte d'un mandat qu'il n'avait donné qu'en sa qualité de tuteur, sans que l'homologation du tribunal lui fût nécessaire.

Néanmoins, M. Dalloz, t. 29, 2e part., p. 260, adopte le système consacré par l'arrêt de la Cour de Poitiers, et combat les objections que nous avons développées dans notre tome 37.]] **Supp. alph.**, n. 16.

208. *Y a-t-il dispense de citer en conciliation, lorsque le président du tribunal civil a donné, conformément à l'art. 72, permission d'assigner à bref délai devant son tribunal?*

Oui, parce que dès lors la demande a été jugée exiger célérité. Or, l'art. 49 contient, à l'égard de semblables demandes, une exception formelle.

[[Cette solution, que nous adoptons avec M. Thomine Desmazures, t. 1, p. 132, a été consacrée par la Cour de cassation, le 29 janvier 1838 (*J. P.*, t. 1er de 1838, p. 502; et antérieurement, par celle de Colmar, le 17 avril 1817 (*J. Av.*, t. 7, p. 277. (*V.* notre *Quest.* 378.)]] **Supp. alph.**, n. 27.

209. *La demande en paiement d'un billet à ordre doit-elle, dans le cas où le signataire n'est pas négociant* (C. Comm., art. 636), *être précédée de l'essai de conciliation?*

Nous estimons que le porteur peut se pourvoir directement.

En effet, les billets à ordre et leur négociation rentrent dans la classe des matières de commerce; aussi leur forme et les poursuites auxquelles ils donnent lieu sont-elles réglées par le Code de commerce. (Art. 187, 636, 637.)

Les tribunaux de commerce ne sont point *absolument* incompétents pour connaître des demandes en paiement de billets à ordre qui ne seraient pas souscrits par des négociants, ou qui n'auraient pas pour cause des opérations de commerce, puisqu'ils ne sont tenus de renvoyer devant le tribunal civil, qu'autant que le défendeur requiert ce renvoi.

Les billets à ordre sont donc par leur nature des effets de commerce, puisqu'ils sont destinés à être mis en circulation.

Remarquons en outre que l'art. 165 du Code de commerce, rendu applicable aux billets à ordre par l'art. 187, veut que le porteur qui exerce le recours individuellement contre son cédant, lui fasse notifier le protêt, et à défaut de remboursement, le cite en jugement dans les quinze jours qui suivent la date de cet acte; le porteur, dans le cas de négociation d'un billet à ordre, ne paraît donc obligé à autre chose qu'à notifier le protêt, et à citer, non en *conciliation*, mais en *jugement*, dans le délai déterminé par la loi.

Telles sont les raisons qui nous portent à croire que, dans le cas même où l'on poursuit le paiement par voie civile ordinaire, à cause de la qualité des signataires non négociants, on est dispensé du préliminaire de conciliation. (Art. 49, n° 4.) Nous pourrions argumenter encore de ce que remarque Pigeau, t. 1, p. 36, n° 10, et de ce que la demande requiert *célérité*. (Même article, n° 2.) Quoi qu'il en soit, la question souffre difficulté, et nous ne dissimulons pas que, dans la pratique, on a coutume de citer en bureau de paix, quand il n'y a que deux parties, le souscripteur, par exemple, et un endosseur. Mais

nous persistons à croire qu'il n'est pas indispensable de suivre cet usage.

Faisons toutefois observer que si l'on admet l'opinion contraire, les intérêts du billet à ordre n'en doivent pas moins courir *du jour du protêt* (C. comm., 184—187), et non pas seulement, comme dans les cas ordinaires, du jour de la citation en conciliation. (C. de P., art. 57, et *Nouv. Répert.*, 4e édit., vo *ordre*.)

[[La doctrine de M. Carré nous paraît exacte.]] **Supp. alph.**, vo *Concil.*, n. 32 et 33.

[[**209** bis. *Les demandes en mainlevée d'opposition à mariage sont-elles dispensées de la tentative de conciliation?*

Il en est peu qui requièrent autant de célérité, puisque, aux termes de l'art. 177 du Code civil, il doit y être statué dans les dix jours; aussi M. PIGEAU, *Pr. civ.*, t. 2, vo *Mariage*, § 3, no 5, et *Comment.*, t. 1, p. 143, se prononce-t-il pour l'affirmative de la question qu'adoptent aussi les auteurs du *Prat. Franç.*, t. 1, p. 263.

Cependant la négative avait été jugée par la Cour d'Amiens, 30 vent. an XI (*J. Av.*, t. 7, p. 197, 2e espèce.)

Mais la jurisprudence s'est prononcée en sens contraire. Angers, 21 prair. an XI; Douai, 22 avril 1819 (*J. Av.*, t. 7, p. 196, 1re et 4e espèces); Paris, 7 oct. 1826 (*Gazette des Tribunaux*, des 7 et 8 du même mois), et Bruxelles, 29 fév. 1836 (*Journ.* de cette Cour, t. 2 de 1836, p. 82).]]

[[**209** ter. *Quelles sont les demandes que la jurisprudence a considérées comme requérant célérité?*

Ce sont 1° la demande tendante à rentrer dans les lieux d'où l'on a été expulsé arbitrairement. Bruxelles, 18 avril 1831 (*J. Av.*, t. 41, p. 701).

2° La demande qui aurait pour cause des soustractions de meubles aratoires, le défaut d'exploitation, et pour objet la résolution d'un bail. Orléans, 20 avril 1809 (*J. Av.*, t. 7, p. 240), et Rennes, 10 mars 1818 (*J. Av.*, t. 7, p. 279)

3° La demande en dommages-intérêts formée devant un tribunal civil par un accusé absous, contre son dénonciateur. Nîmes, 19 juin 1819 (*J. Av.*, t. 7, p. 288). *V.* Commentaire du Tarif, t. 1, p. 420 et *Q.* 4172.]] **Supp. alph.**, n. 24 et s.

[[**209** quater. *Faut-il, pour être dispensé du préliminaire de conciliation, faire préalablement déclarer l'urgence de la demande?*

Non, sauf au défendeur à soutenir, devant le tribunal, que la demande ne se trouve pas dans la catégorie de celles qui requièrent célérité, et à obtenir son renvoi devant le bureau de paix. Ainsi l'a jugé la Cour de Bruxelles, par un arrêt très bien motivé du 18 avril 1831 (*J. Av.*, t. 41, p. 701). *V.* notre *Quest.* 378.]]

[[**209** quinq. *Le § 3 de l'art. 49 s'applique-t-il à toute espèce de garantie?*

On ne saurait disconvenir d'abord qu'il ne concerne les demandes en garantie, formées incidemment à une demande principale, et que, sous ce rapport, il ne soit l'application de la disposition générale de l'art. 48 qui dispense du préliminaire de conciliation les demandes non introductives d'instance. Il n'importe même pas, d'après un arrêt de la Cour de Bordeaux du 3 mai 1827 (*Journal* de cette Cour, t. 2, p. 237), que cette demande en garantie soit formée avant ou après l'expiration de la huitaine de la demande originaire.

Il en serait incontestablement de même si l'appel en garantie n'était que l'exécution d'un jugement qui l'aurait ordonné. Cass. 20 fruct. an XI, et 17 pluv. an XIII (*J. Av.*, t. 7, p. 205 et 212.)

Mais si la demande en garantie est formée, d'une manière principale, après le jugement définitif de la demande originaire, on dit qu'alors elle est introductive d'instance, et, comme telle, soumise à l'essai de conciliation. Telle est l'opinion de MM. FAVARD DE LANGLADE, t. 1, p. 624; DALLOZ, t. 3, p. 707, n° 13; THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 132; BONCENNE, t. 2, p. 9; LEPAGE, *Quest.*, p. 96; et BOITARD, t. 1, p. 102; M. CARRÉ, *suprà*, *Quest.* 206, *in fine*, est également de cet avis.

Nous ne pouvons néanmoins l'adopter; la généralité des termes de l'article répond, selon nous, à toutes les objections. C'est bien, dans ce cas, une demande principale, introductive d'instance; mais toute demande principale introductive d'instance n'est pas soumise au préliminaire de conciliation, puisque l'art. 49 contient la nomenclature d'un grand nombre de demandes de cette nature qui en sont dispensées. Pourquoi n'en dirait-on pas autant d'une demande en désaveu, en vérification d'écriture, actions qui toutes peuvent être ou principales ou incidentes? Nous le répétons, la seule réponse au système que nous combattons c'est le texte.

M. PIGEAU, *Pr. civ.*, à l'art. 2, 9° du titre *de la Conciliation*, avait embrassé l'opinion que nous soutenons, et dans son *Comm.*, t. 1, p. 142 et 143, il l'a développée en y persistant; ce profond jurisconsulte se fonde principalement sur ce qu'il ne peut pas dépendre du garanti d'assujettir sa demande au préliminaire en ne la formant qu'après le jugement.

Nous ne devons pas néanmoins dissimuler que la discussion au conseil d'État paraît contraire à notre opinion (LOCRÉ, t. 21, p. 251 et 252). Toutefois M. l'archi-chancelier dit en terminant : *la formalité de la conciliation serait inutile à l'égard de ces sortes d'instances : elles ne s'élèvent que quand le procès principal est engagé. Le garant devient passible des frais quand il est appelé dans le délai prescrit; or, il est bien difficile de concilier les parties sur une contestation dont les frais sont faits.*

Nous croyons pouvoir donner ici le conseil que nous donnions, en 1827, à nos lecteurs, dans le *Journal des Avoués*. Ils devront citer en conciliation les défendeurs à une demande en garantie intentée après jugement.

Et il y a lieu de croire que les tribunaux ne rejetteront pas de la taxe les frais faits pour se conformer à l'opinion de jurisconsultes aussi distingués que MM. CARRÉ, BONCENNE, FAVARD DE LANGLADE, etc., etc.

Aucune décision judiciaire, rendue sous le code, ne vient éclairer les doutes que fait naître la dissidence de nos grands maîtres en procédure; mais nous devons dire qu'avant le Code, sous l'empire de la loi du 24 août 1790, les Cours avaient adopté la distinction que nous repoussons. C'est ce qui résulte de la combinaison des arrêts de la Cour de cassation, des 27 ventôse an VIII (*J. Av.*, t. 7, p. 176) et *J. P.*, 3e éd., t. 1er, p. 612. 24 prairial an XI (*ibid.* p. 199); *J. P.* 3e éd., t. 3, p. 322, 1er ventôse an XIII (*ibid.*, p. 212; et *J. P.*, 3e éd., t. 4, p. 406 et de la Cour de Bourges, du 20 thermidor an VIII (*J. Av.*, t. 7, p. 177).

Quant aux demandes en intervention, comme elles ne sont jamais qu'incidentes, il ne peut y avoir de distinction à faire; elles sont toujours dispensées. Cass., 23 pluv. an IX, et 27 messidor an XII (*J. Av.*, t. 7, p. 181), et 30 août 1825 (*J. Av.*, t. 30, p. 161), et discussion au conseil d'État, LOCRÉ, t. 21, p. 251).]] **Supp. alph.**, v° *Concil.*, n. 29 et s.

210. ***Une demande additionnelle doit-elle être soumise à la conciliation, et en est-il de même d'une demande réduite dans le cours de l'instance?***

La demande additionnelle est sujette à la conciliation, parce qu'au fond

elle est principale et introductive d'instance, pour le point sur lequel on n'a pas tenté la conciliation.

Mais on n'y est pas tenu pour une demande réduite, puisqu'elle a été implicitement comprise dans la conciliation primitive. (V. *Quest. de Dr.*, v° *Bureau de Paix*, § 4, et les autorités citées par Berriat, p. 187, notamment l'arrêt de Cass., du 8 mess. an XI, *S.*, t. 7, 2e part., p. 847

[[V. *Suprà*, la *Quest.* 206, § 1, 4°, et § 2, 3°.]] **Supp. alph.**, v° *Concil.*, n. 7 et s.

211. *Les officiers ministériels autres que les avoués, sont-ils, comme ceux-ci, dispensés du préliminaire de conciliation?* [[*Les avocats le sont-ils pour leurs demandes d'honoraires?*]]

Tous les officiers ministériels sont dispensés. (Déc. du 16 fév. 1807, art. 9.)

[[Cette dispense a même été étendue aux demandes formées par un avocat en paiement de ses honoraires, par arrêts des Cours de Bruxelles, 12 juillet 1828 (*J.* de cette Cour, t. 2, de 1828, p. 116), et de Gand, 7 février 1835 (même *J.*, t. 2, de 1835, p. 185), à cause de la procédure sommaire qui est tracée pour ces sortes de contestations.

On veut parler de la procédure tracée par l'art. 43 du décret du 14 décembre 1810. Ce décret étant encore en vigueur en Belgique, les decisions de ces deux Cours peuvent être à l'abri de la critique. Mais en France, où a été rendue depuis l'ordonnance du 20 nov. 1822 sur la profession d'avocat, il a été décidé avec raison, que l'article précité du décret et le décret lui-même se trouvent abrogés, il n'y a plus lieu a tirer aucune conséquence de ses dispositions, en sorte qu'une demande d'honoraires formee par un avocat contre son client rentre tout-à-fait dans le droit commun, et que si, par exemple, elle ne dépasse pas le taux de la compétence du juge de paix, c'est devant ce magistrat qu'elle doit être portée; Cass., 6 avril 1830 (*J. Av.*, t. 39, p. 293).

Par la même raison, nous pensons que, si elle était de nature à être portée devant un tribunal civil d'arrondissement, rien ne la dispenserait du préliminaire de conciliation. Quant à la dispense relative aux demandes d'honoraires formées par les officiers ministériels, l'un des motifs que lui assigne M. BOITARD, t. 1, p. 97, c'est que la cause requiert célérité, pour que ces officiers ne soient pas détournés de leurs fonctions. Il n'y a donc pas, et c'est M. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 144, qui tire cette conséquence, même raison de décider pour les anciens procureurs et avoues, et il s'appuie d'un arrêt de la Cour de cassation du 27 fructidor an VII (*J. Av.*, t. 7, p. 159), qui n'a pas exactement décidé cette question, puisqu'il s'est fondé sur ce qu'aucune loi alors existante n'accordait la dispense pour une demande en paiement de frais.

Ce motif ne pourrait plus être invoqué sous l'empire de notre art. 49.

Mais, pour arriver à la même solution, on pourrait dire qu'une seconde cause de la dispense est que les frais doivent être taxés, et qu'il est peu probable que l'avoué ait surchargé son état, que, dans tous les cas, la conciliation serait contraire à l'intérêt public, si elle avait pour but de couvrir d'un voile les exactions tentées par un officier ministériel.

On ajouterait d'après le même système, que la demande en dommages-intérêts ou en condamnation à l'amende formée contre ces officiers à raison de leurs fonctions, ne serait pas susceptible de conciliation.

Ces considérations ne nous toucheraient point; car, s'il est vrai qu'on puisse transiger sur l'intérêt civil résultant d'un délit (art. 2046, Code civ.), il s'ensuit que de semblables transactions n'intéressent pas l'ordre public, et en effet, empêchent-elles le ministère public de poursuivre dans l'intérêt de la société? Ainsi, rien ne s'oppose, d'après nous, à ce qu'une conciliation soit

essayée sur un état de frais excessif, lorsqu'il sert de base à la demande d'un ancien officier ministériel.]] **Supp. alph.**, v° *Concil.* n. 37 et suiv.

[[**211 bis.** *Quelles sont les demandes que la jurisprudence a comprises ou non dans le § 5 de l'art. 49?*

Ce sont, 1°, et par une application des termes formels de ce paragraphe, les demandes qui ont rapport à des mainlevées de saisies ou oppositions; Paris, 13 janvier 1827 (*Gazette des Tribunaux*, du 14 du même mois).

2° Il en était de même, malgré l'absence d'une disposition aussi claire, sous l'empire de la loi du 24 août 1790; Cass., 26 vend. an XII, et 10 fructidor an XII (*J. Av.*, t. 7, p. 206).

3° Les demandes en paiement d'arrérages; Rennes, 31 juillet 1810 (*J. Av.*, t. 13, p. 156), et Cass., 19 janvier 1823 (*J. Av.*, t. 28, p. 179).

Mais rien n'autorise à ranger dans la même catégorie les demandes en nullité ou radiation d'inscription; Montpellier, 3 février 1816 (*J. Av.*, t. 1, p 191); ni l'instance introduite par le tiers détenteur par opposition à la sommation de payer qui lui a été faite par un créancier hypothécaire porteur d'un bordereau de collocation sur le prix de l'immeuble; Orléans, 18 nov. 1836 (*J. Av.*, t. 52, p. 306, et *J. P.*, t. 1, de 1837, p. 354. (Cette demande ne requiert point célérité et n'a aucun rapport avec la saisie à la suite de laquelle un ordre a été ouvert.)]] **Supp. alph.**, n. 34.

Supp. alph., n. 36. *Peut-on, en formant opposition à un commandement, assigner, sans conciliation, au domicile élu dans le commandement?*

212 *Pour savoir si l'on a pu se dispenser de l'essai de conciliation, lorsque la demande a été formée contre plus de deux parties, doit-on compter les parties réellement assignées, sans examiner si le demandeur a eu tort ou raison de les comprendre dans l'assignation?*

Par arrêt du 20 fév. 1810 (*S.*, t. 10, 1re part., p. 188, et *J. Av.*, t. 7, p 248), la section civile de la Cour de cassation, a décidé qu'il n'y avait pas lieu, aux termes de l'art. 49, § 6, à l'épreuve de la conciliation, toutes les fois que la demande avait été formée contre plus de deux parties. Il suffit donc que plus de deux parties soient assignées, quel que soit le motif du demandeur, pour qu'il y ait dispense du préliminaire de conciliation.

On oppose qu'il dépendra ainsi d'un demandeur de soustraire son action à ce préliminaire, en mettant en cause des personnes qui ne doivent pas être appelées. Mais si le demandeur a fraudé la loi, en donnant des assignations sans objet, la loi ne le punit-elle pas suffisamment par la condamnation aux dépens?...

[[Cette solution, consacrée encore par la Cour de Besançon, le 15 décembre 1815 (*J. Av.*, t. 7, p. 271), et par celle de Bordeaux, le 19 août 1829 (*J. Av.*, t. 38, p. 167), est également adoptée par MM. BERRIAT-SAINT-PRIX, t. 1, p. 188, not. 15, et FAVARD DE LANGLADE, t. 1, p. 624.

Nous ne pouvons nous rendre à cette idée, qu'il soit si facile de se jouer des dispositions impératives de la loi.

La Cour de cassation ne nous paraît pas avoir jugé la question en principe, et, dans l'espèce où est intervenu son arrêt, nous croyons sa décision bien rendue. Nous sommes éloigné de penser qu'une demande doive être nécessairement déclarée nulle, faute d'avoir passé en conciliation, toutes les fois que, sur plusieurs défendeurs assignés, un seul supporte toute la condamnation. Cette opinion serait subversive de l'ordre judiciaire; mais nous croyons que, si la fraude est évidente, ce qui doit être laissé à l'arbitrage des tribunaux, l'action doit être déclarée nulle. Ne peut-on pas tirer un argument de l'art. 181,

qui veut que le garant soit renvoyé devant ses juges naturels, si un écrit en l'évidence du fait démontrent la fraude de celui qui l'a assigné?

Attachons-nous au texte de la loi, et frappons de réprobation celui qui la violera ouvertement. L'art. 48 prescrit de citer en conciliation tout défendeur, à moins que la demande ne soit ni principale, ni introductive d'instance, ou que la cause ne présente une des exceptions spéciales énumérées dans l'article suivant. Et qu'importe alors que le demandeur mette en cause trois individus imaginaires, quand il ne doit y avoir qu'un véritable défendeur. Le rejet absolu de la demande sera bien plus efficace qu'une simple condamnation aux dépens occasionnés par l'appel inutile du troisième défendeur.

M. BONCENNE, t. 2, p. 7, tout en penchant pour le système contraire qu'il motive notamment sur la difficulté d'établir la fraude, avoue néanmoins qu'un arrêt qui rejetterait l'action en se fondant sur une fraude manifeste, échapperait à la cassation. C'est reconnaître l'exactitude de notre opinion, quoique cet auteur ajoute, un peu plus loin, qu'il y aurait moins d'inconvénients à prononcer d'après ce qui a été fait que d'après ce qui a pu être pensé.]] **Supp. alph.**, v° *Concil.*, n. 44.

[[**212** bis. *Une action intentée par plus de deux demandeurs, est-elle dispensée de la tentative de conciliation, comme celle qui le serait contre plus de deux défendeurs?*

On pourrait croire, au premier abord, qu'aux deux cas les mêmes principes doivent être appliqués, puisque l'un des motifs qui ont fait introduire la dispense pour le second est la difficulté d'amener à la conciliation un grand nombre de personnes; mais ce motif disparaît pour le premier cas, lorsqu'on réfléchit que les demandeurs ayant introduit leur action par le même exploit sont déjà d'accord entre eux, puisqu'ils forment conjointement la même demande, et, qu'à vrai dire, poursuivant le même objet et par les mêmes moyens, ils peuvent être considérés comme une seule personne, dont il faut concilier les intérêts avec ceux du défendeur. Si ce sont les défendeurs qui se trouvent au nombre de trois ou plus, il n'y a de leur part aucune présomption d'unanimité, leurs moyens de défense peuvent être divers, leurs droits plus ou moins bien établis.

Mais, indépendamment de ces considérations, le silence de la loi à l'égard des demandeurs, lorsqu'elle a une disposition spéciale pour les défendeurs, suffirait pour prouver qu'il n'a pas été dans son intention de placer les deux hypothèses sur la même ligne. M. Treilhard disait, au surplus, dans l'exposé des motifs (LOCRÉ, t. 21, p. 527, n° 16) : « *Les défendeurs peuvent être domiciliés « dans des lieux différents et éloignés; devant qui citerait-on dans ce cas?* » Cette raison est encore inapplicable aux demandeurs.

Aussi, la Cour de Besançon s'est-elle prononcée pour la négative de la question proposée, le 24 janvier 1809 (*J. Av.*, t. 7, p. 238). M. THOMINE DESMAZURES, t. 1er, p. 133, professe les mêmes principes.]]

Add. — 212 ter. *Faut-il essayer la conciliation, si la demande à former est dirigée contre deux maris et leurs femmes, obligés pour la même dette?*

Dans cette hypothèse, où en nombrant les individus, l'on trouve quatre défendeurs, nous adoptons la distinction que fait M. BONCENNE, t. 2, p. 9, et nous pensons comme lui, qu'il y a dispense, si les époux sont séparés de biens, et qu'il y a lieu au préliminaire, s'ils sont en communauté. **Carr.**

[[Nous adoptons cette solution avec MM. DALLOZ, t. 3, p. 707, n° 45, et JOURNIER, t. 6, p. 748.]] **Supp. alph.**, v° *Concil.*, n. 47 et suiv.

213. *La dispense du préliminaire de conciliation, lorsqu'il y a plus de deux défendeurs, s'applique-t-elle aux demandes formées contre plusieurs personnes qui ne forment ensemble qu'un seul être moral, comme des associés ou des créanciers unis?*

M. Delaporte se prononce pour la négative, t. 1, p. 48, parce qu'en ce cas, dit-il, c'est comme si l'on n'assignait qu'une seule partie. Ce sont moins, ajoute-t-il, des créanciers ou des associés que l'on actionne, que l'union ou la société.

Si cette opinion était suivie, on pourrait l'étendre, par les mêmes motifs, à des héritiers; l'on dirait qu'en assignant plusieurs héritiers l'on n'actionne que la succession.

Cependant, M. PIGEAU, t. 1, p. 26, rappelant que la dispense a lieu dans le cas même où les parties que l'on actionne ont le même intérêt, cite pour exemple une demande formée contre plusieurs héritiers d'un même individu, par un créancier de la succession qui leur est échue. La raison de décider qu'apporte M. Pigeau, est la difficulté de parvenir à concilier plusieurs personnes; nous y ajouterons que la loi a aussi voulu éviter des frais et des déplacements; et par ces considérations, tirées de l'esprit dans lequel a été conçue la disposition du § 6, nous n'admettrions point l'opinion de M. Delaporte.

Add. — M. Dalloz combat la solution que nous avons donnée de cette question. La comparaison que nous avons faite des héritiers associés et des héritiers des créanciers, serait inexacte, suivant lui, en ce que, « immédiatement « après la mort du défaillant, chacun des héritiers se trouve personnellement « tenu des charges de la succession pour sa part et portion virile (Code civil, « art. 873), raison pour laquelle chacun d'eux forme un défendeur particulier, « tandis qu'il n'en est pas de même à l'égard des sociétés, des unions, des « créanciers ou de tout autre être moral; il y a unité d'intérêt et de direction « dans ces associations : le demandeur ne peut donc voir en elles qu'une « seule personne. »

Nous répondons que cela pourrait être vrai pour les sociétés ou les unions de créanciers qui auraient un chef, un administrateur établi avec pouvoir de représenter la société, et de transiger valablement pour elle. Autrement, et c'est le cas le plus ordinaire, tous les associés, pour nous servir des expressions de M. BONCENNE, t. 2, p. 12, sont censés s'être donné réciproquement le pouvoir d'administrer l'un pour l'autre, mais que l'un a le droit de s'opposer aux opérations de l'autre; on ne peut donc voir en eux qu'une réunion d'individus spéculant sur le bénéfice qu'ils pourront retirer de ce qu'ils ont eu en commun, et dont les avis et les combinaisons ne se fondent pas toujours dans un parfait accord : d'où la conséquence que chacun d'eux doit être cité.

Rien de contraire en cela avec ce que nous venons de dire ci-dessus, n° 212, qu'il y a dispense d'essai en conciliation, lorsque la demande serait dirigée contre deux maris et deux femmes en communauté, puisque le mari, qui est le chef de l'association, peut transiger sur les intérêts communs, sans le concours de la femme. **Carr.**

[[Cette opinion est aussi enseignée, avec raison, par M. BOITARD, t. 1, p. 93; on objecterait en vain que les associés peuvent avoir donné pouvoir de gérer leurs affaires à un ou deux d'entre eux; car, dans ce cas, les administrateurs ne pourraient être regardés que comme des mandataires incapables de transiger, ce qui les dispenserait, sous un autre rapport de la tentative de conci-

tation ; la Cour de Paris l'a ainsi jugé, le 10 juin 1836 (*J. Av.*, t. 51, p. 510), à l'égard des syndics nommés par une union de créanciers.]] **Supp. alph.**, n. 45.

214. *Mais suffit-il, pour être dispensé de la conciliation, de former la demande contre plusieurs, si dans la réalité on n'assigne qu'une partie?*

Nous ne le pensons pas. Par exemple, on n'assigne qu'un héritier ou qu'un associé pour lui et les autres : dans ce cas, il n'y a que l'assigné qui soit tenu de comparaître. Or, n'assignant que cet individu, parce qu'on croit suffisant d'obtenir jugement contre lui, rien n'empêche de le citer en conciliation : le motif de la loi cesse; on n'a point à craindre l'impossibilité de parvenir à un arrangement ; il n'y a point lieu au déplacement de plusieurs personnes et aux frais que le législateur a voulu prévenir; conséquemment, l'exception n'est plus applicable. En effet, le mot *consorts* ne rend point ceux-ci parties dans l'instance, et l'on ne cite vraiment qu'une seule personne.

[[Cet avis ne nous paraît pas devoir souffrir de difficulté; c'est aussi la doctrine de M. THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 133.]]

[[**214** bis. *Comment faut-il entendre la disposition qui dispense de l'essai de conciliation les demandes formées contre plus de deux parties*, QUOIQU'ELLES AIENT LE MÊME INTÉRÊT ?

« Il faut entendre cela, dit M. BONCENNE, t. 2, p. 14, des parties assignées aux mêmes fins, en vertu du même titre, et non pas de celles contre lesquelles on agirait collectivement, mais par des conclusions dont les chefs seraient divisés ou appuyés sur des titres distincts. Par exemple, la vente d'un domaine a été faite en détail et par des actes séparés; le vendeur assigne tous les acquéreurs, et demande la résolution des contrats, sous le prétexte de l'inexécution d'une clause y insérée. Quel que soit le nombre des défendeurs, ce ne sera point un motif pour se dispenser de les citer en conciliation, parce qu'il y aura, dans la demande, autant de procès, et, dans le jugement à intervenir, autant de sentences que d'acquéreurs. » Il résulte de cette doctrine, parfaitement saine, que la loi eût été plus exactement rédigée, si, au lieu de dire : *Quoiqu'elles aient le même intérêt;* elle s'était exprimée ainsi : *Lorsqu'elles auront le même intérêt.*

Au reste, l'hypothèse prévue par M. Boncenne a reçu la même solution de la part des Cours de Riom, le 27 mars 1817 (*J. Av.*, t. 7, p. 275); de Nancy, le 20 juin 1824 (*J. Av.*, t. 31, p. 240), et de Besançon, le 22 mai 1827 (*J. Av.*, t. 33, p. 130). M. FAVARD DE LANGLADE, t. 1, p. 624, approuve ces décisions.

Enfin, la Cour de Bourges a jugé, le 21 juillet 1838 (*J. P.*, t. 2 de 1838, p. 552 et *J. Av.*, t. 56, p. 60), que l'exception du § 6 de l'art. 49 ne s'applique pas au cas où les diverses parties, bien qu'elles aient stipulé dans le même acte, ont des *intérêts distincts*, une position particulière, et ne peuvent, sans préjudice, être soumises à une seule action et aux mêmes poursuites.]] **Supp. alph.**, n. 52.

215. *Une femme séparée de biens, qui, en réclamant les arrérages de rentes convenancières, demande en même temps que celui qui a acquis de son mari la tenue qui lui appartient, la reconnaisse pour propriétaire, attendu la nullité de cette vente, serait-elle obligée d'essayer la conciliation?*

Non, attendu que la demande principale consiste ici *dans celle des arrérages*. (Rennes, 3e chamb., 20 juin 1812, *J.* de la Cour, t. 3, p. 555, et *J. Av.*, t. 7, p. 259.) On sent qu'il en serait de même de l'action en paiement de revenus ordinaires.

Cet arrêt ne fait que répéter le principe déjà consacré par un autre du 31 juillet 1810, que le § 5 de l'art. 49 s'applique aux arrérages d'une rente convenancière (*J.*, t. 1, p. 344) (1).

[[Il n'en est point du cas prévu par cette question comme de celui où le propriétaire conclut au résiliement du bail, en cas de non-paiement des arrérages. La demande en résiliement est principale. (*V.* les arrêts cités sous la *Quest.* 207, *quinq., in fine.*) Ici, au contraire, c'est le paiement des arrérages qui est l'objet unique de l'instance, le contrat, en vertu duquel possède le défendeur, étant regardé comme nul.]]

216. *L'action en rejet d'un compte, rendu au mineur pendant* SA MINORITÉ, *est-elle sujette à l'essai de conciliation, lorsqu'elle doit être formée par ce mineur, devenu majeur?*

La circonstance que le compte a été rendu pendant la minorité place l'action sous l'application de l'exception portee au § 7 de l'art. 49, parce qu'une telle action serait une demande relative à *la tutelle ou curatelle*, si l'on s'en tenait à un arrêt de la Cour de Rennes, du 22 mai 1809; mais nous ne saurions croire cette decision bien rendue (2). En effet, le paragraphe dont il s'agit dispense les demandes *sur les tutelles ou curatelles;* et il nous paraît certain que l'on ne doit conclure de cet article rien autre chose, si ce n'est que celui qui a été nommé tuteur, et dont le conseil de famille a rejeté les excuses, pourra, sans essayer la conciliation, se pourvoir devant le tribunal de première instance; qu'il en sera de même du tuteur qui, ayant été destitué de la tutelle, voudra se pourvoir contre sa destitution. (*V.* art. 440 et 448 du Code civil, et les *Quest.* sur l'art. 83.)

Ainsi encore, les demandes en interdiction et en nomination de tuteur à l'interdit, en décharge, en destitution de la tutelle, et en mainlevée d'interdiction, peuvent se porter, sans essai de conciliation, au tribunal civil de première instance. (Code civil, art. 492 et suiv.)

---

(1) Nous devons remarquer ici que les rentes convenancières sont le prix d'une concession particulière à la Bretagne, et que l'on appelle bail à domaine congéable ou à convenant. C'est un contrat synallagmatique par lequel le propriétaire d'un héritage, en retenant la propriété du fonds, transporte et aliène les édifices et superfices, moyennant une certaine redevance, avec faculté perpétuelle de congédier le preneur, en lui remboursant ses améliorations.

C'est de cette faculté que vient la qualification de domaine congéable, donnée à la tenue convenancière ou à convenant. Cette espèce de bail est régi par certaines dispositions non abrogées d'usements locaux, par la loi du 6 août 1791, et les dispositions du droit commun concernant les baux à ferme. (*V.* notre *Traité des Domaines congéables*, tit. 1er, p. 4 et suiv.)

(2) Un autre motif porta la Cour à déclarer cette demande non sujette à l'essai de conciliation : elle avait été formée sous le cours d'une instance de saisie-arrêt; cette saisie avait occasionné une demande en communication de pièces qui déterminèrent à former celle en rejet du compte.

La Cour, d'après cette circonstance, considéra que cette dernière demande n'était pas introductive d'instance, et conséquemment elle la déclara dispensée de l'essai de conciliation, conformément à l'art. 48.

Si, au contraire, le mineur devenu majeur a reçu son compte de tutelle et transigé sur ce compte, en se conformant aux articles 472 et 2045 du Code civil, ou si le mineur émancipé et assité de son curateur a reçu son compte en justice, et que ce compte ait été régulièrement apuré, il ne peut être question de rejet ou d'annulation de compte; il ne peut y avoir lieu qu'à une action principale introductive d'instance, en réparation d'erreurs de calculs, omissions ou faux emplois, et nous ne voyons pas comment une pareille action entre majeurs pourrait être dispensée de l'essai de conciliation.

Mais qu'est-ce qu'une demande en rejet de compte, qu'un mineur *devenu majeur* forme contre son tuteur, qui lui a rendu le compte pendant sa minorité, si ce n'est une demande principale introductive d'instance, et formée par une personnne capable de transiger, puisqu'elle est *majeure*, et sur un objet susceptible de transaction?

Le principe général posé par l'art. 48 est donc applicable à cette demande, et, certes, les termes du § 7 de l'art. 49 sont trop vagues, pour qu'on puisse y voir évidemment une dérogation à ce principe (1).

[[Nous adoptons cet avis, que partage aussi M. FAVARD DE LANGLADE, t. 1, p. 624 et 625.]] **Supp. alph.**, n. 57 et 58.

217. *Le mineur peut-il être appelé en conciliation, lorsqu'il est émancipé, et que l'objet n'excède pas les bornes de sa capacité?* [[Quid *du prodigue?*]]

La négative pourrait résulter des expressions générales de l'art. 49, *les causes qui intéressent les mineurs.*

M. DELVINCOURT, t. 1, p. 500, fait néanmoins une distinction, pour ce qui concerne le mineur non émancipé. « Il n'y a pas, dit-il, de difficulté pour le « mineur non émancipé; le tuteur ne peut transiger; le préliminaire est inu- « tile; mais si le mineur est émancipé, et que l'objet n'excède pas les bornes « de sa capacité, par exemple, s'il s'agit de fermages échus, comme il peut « en disposer, et par conséquent transiger sur le prix qui y est relatif (arti- « cle 2045), je ne vois pas, ajoute cet auteur, pourquoi il serait dispensé du « préliminaire de conciliation. »

Tel est aussi l'avis de M. PIGEAU, t. 1, p. 35.

[[MM. FAVARD DE LANGLADE, t. 1, p. 623, et DALLOZ, t. 3, p. 707, n° 14, partagent cette opinion, qui est combattue par MM. THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 131, et BOITARD, t. 1, p. 90.

Nous pensons, avec ces deux derniers auteurs, que l'article est trop général pour permettre une distinction. L'art. 83 prescrit aussi la communication au ministère public dans toutes les causes intéressant les mineurs. Il est incontestable qu'un mineur émancipé peut transiger sur des contestations qui n'auraient pour objet que des faits d'administration; mais cette considération ne nous paraît pas d'une nature telle que la lettre de la loi doive céder; le même motif nous a déterminé, *suprà*, *Quest.* 207 *sept.*

Les jurisconsultes précités placent le prodigue sur la même ligne que le mineur émancipé.

L'interdit ne pouvant transiger, aux termes de l'art. 513 du Code civil qu'avec l'assistance d'un curateur, l'art. 48 du Code de procédure devient évidemment applicable, et il est inutile de chercher une solution dans une assimilation. V. *suprà*, notre *Q.* 207.]] **Supp. alph.**, v° *Concil.*, n. 17 et 18.

Supp. alph., n. 19. *Solution analogue à l'égard d'un syndic de faillite.*

Supp. alph., n. 54. Quid, *lorsqu'il s'agit d'une demande principale en vérification d'écriture?*

218. *Le préliminaire de conciliation est-il nécessaire, quand la demande en validité d'une saisie-arrêt n'est que la conséquence d'une demande principale, dans le cas, par exemple, où l'on demande condamnation pour un billet, et, pour en faciliter le paiement, la validité d'une saisie-arrêt?*

La demande en validité n'est ici que la suite de celle en condamnation, et

---

(1) Ainsi, dans notre opinion, le mineur devenu majeur veut-il former action en rejet de compte, parce qu'il aurait traité, soit *en majorité*, sans observer les formalités prescrites par l'art. 472; soit *en minorité*, après son émancipation, sans l'assistance de son curateur, ou même avec cette assistance, mais *sans observer les formes judiciaires*, il doit tenter la conciliation. (Malleville, sur l'art. 473, et l'arrêt précité du 22 mai 1809.)

ne peut être jugée que comme conséquence, puisque, si la demande en condamnation doit être rejetée, celle en validité le sera nécessairement. Mais l'essai de conciliation n'est point nécessaire dans ce cas-là même, la disposition de l'art. 566 du Code de procédure étant générale : *en aucun cas*, porte cet article, *il ne sera nécessaire de faire précéder la demande en validité par une citation en conciliation.* (*V.* PIGEAU, t. 2, p. 56.)

[[La Cour de cassation a sanctionné cette solution par un arrêt rendu *in terminis*, le 17 juillet 1834 (*J. Av.*, t. 47, p. 603). On peut voir encore, dans le même sens, M. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 144 et 145.

En effet, le § 7 de notre article est conçu dans les termes les plus généraux : « Les demandes contre un tiers saisi, *et en général sur les saisies.* »

D'où il suit que les demandes formées par le saisi, qui ne sont que des défenses à la saisie; celles du saisissant, qui n'en sont que l'accessoire, et celles des tiers que l'on peut regarder comme des interventions, sont toutes également dispensées de la tentative de conciliation.

Aussi, la Cour de Rouen a-t-elle jugé, le 22 juillet 1826 (*J. P.*, t. 3 de 1827, p. 465), que lorsqu'un fermier demande la nullité d'une saisie-exécution faite pour prix des fermages, le propriétaire peut, par demande incidente et sans essai de conciliation, conclure à la condamnation par corps.]]

[[**218** bis. *Comment faut-il entendre ces mots*, LES DEMANDES EN REMISE DE TITRES?

On a voulu les restreindre aux seules demandes formées contre les avoués ou autres gens d'affaires, pour qu'ils aient à remettre les titres à eux confiés par leurs clients. Mais la Cour de Bourges a proscrit ce système, avec raison, selon nous, en décidant, le 11 juillet 1828 (*J. Av.*, t. 37, p. 218), que la disposition dont s'agit n'admet aucune restriction, et qu'elle s'applique notamment à la demande formée par l'acquéreur d'un immeuble en remise de l'expédition de son acte d'acquisition.]] **Supp. alph.**, n. 56.

[[**218** ter. *Quelles sont les autres demandes dispensées par les lois?*

Ce sont celles dont il est parlé aux articles 320, 345, 353, 570, 718, 839, 865, 871, 878 et 883 du Cod. proc. civ., et encore toutes les demandes qui ne réunissent pas les conditions tracées par l'art. 48.

Un arrêt de la Cour de cassation du 7 janvier 1822 (*S.*, t. 22, 1re part., p. 196, et *J. Av.*, t. 24, p. 18), a fait, notamment à la demande en séparation de corps, l'application de la dispense contenue en l'art. 878. La comparution des époux remplace en effet l'essai ordinaire devant le bureau de paix.

Sont encore dispensées, en vertu des principes généraux, 1° L'action relative à une question d'état; Besançon, 18 août 1826.

2° Les demandes en divorce, quand elles avaient lieu, et néanmoins après la suppression des tribunaux de famille, et sous l'empire de la loi du 24 août 1790, et de l'art. 215 de l'acte constitutionnel, les contestations relatives au divorce devaient être portées immédiatement devant le bureau de paix pour y être conciliées. Cass., 6 vendémiaire an VII (*J. Av.*, t. 7, p. 159).

3° Sous l'empire de la même loi, l'action en désaveu était aussi dispensée; mais seulement lorsqu'elle était formée incidemment à une instance principale. Cass. 24 thermidor an VIII (*J. Av.*, t. 7, p. 178). Cette distinction ne peut plus avoir lieu aujourd'hui.]]

Add.— **218** quater. *Le juge de paix peut-il, lorsque les parties comparaissent, soit sur citation, soit volontairement, pour essayer la conciliation, suppléer d'office l'exception d'incompétence résultant de ce que la cause serait dispensée?*

Non, parce que la dispense de conciliation n'est pas prohibition, et, d'ail-

leurs, il n'y a aucun motif raisonnable de refuser aux parties de faire devant le juge de paix ce qu'elles seraient libres d'effectuer hors de sa présence pour prévenir un procès. Mais si les parties qui s'accordent étaient incapables de transiger, le juge de paix devrait les en avertir, et ne pas insérer leurs conventions dans son procès-verbal. **Carr.**

[[Cette question intéressante et neuve nous paraît bien résolue. Mais nous pensons que les frais d'une procédure en conciliation, dans les cas où il y a dispense, ne doivent pas passer en taxe en cas de contestation. Voir notre *Comm. du tarif*, t. 1, p. 41, n° 4, et t. 2, p. 102, n° 12.]] **Supp. alph.**, n. 64.

Add.—218 quinq. *Si la partie citée devant le juge de paix prétend l'avoir été mal à propos, doit-il prononcer sur le mérite de cette fin de non-recevoir?*

Non, car dans l'exercice des fonctions conciliatrices, le juge de paix ne peut rendre jugement : il doit donc se borner à énoncer le motif de la fin de non-recevoir, et la considérant comme refus de conciliation, renvoyer les parties à se pourvoir. **Carr.**

[[Cette décision que reproduit M. BOITARD, t. 1, p. 144 et 145, est parfaitement conforme aux principes. *Voir* la *Quest.* 219 *quater.*]] **Supp.**, p. 38.

Add.—218 sex. *Le juge de paix pourrait-il refuser d'entendre les parties sur une demande qui aurait pour objet de se concilier sur l'action civile, résultant d'un fait punissable par voie criminelle?*

Non, puisque l'art. 2046 du Code civil porte qu'on peut transiger à ce sujet sur l'intérêt civil qui résulte d'un délit. **Carr.**

[[Cela est évident.]]

Add.—218 sept. *En ce cas, devrait-il dénoncer le délit aux termes de l'article 29 du Code d'Instruction criminelle?*

Oui, rigoureusement parlant ; mais s'il ne le faisait pas, nous croyons, par les raisons développées dans notre *Traité des Justices de paix*, t. 4, n° 2966, que cette négligence serait excusable. **Carr.**

[[Nous le croyons aussi, car il serait pénible de transformer ainsi un magistrat conciliateur en un magistrat officiellement dénonciateur.]]

ART. 50. Le défendeur sera cité en conciliation,

1° En matière personnelle et réelle, devant le juge de paix de son domicile ; s'il y a deux défendeurs, devant le juge de l'un d'eux, au choix du demandeur ;

2° *En matière de société* (1) autre que celle de commerce, *tant qu'elle existe* (2), devant le juge du lieu où *elle est établie* (3) ;

3° En matière de succession, sur les demandes entre *héritiers* (4),

---

(1) Il ne s'agit pas ici de société de commerce, parce que, d'après le § 4 de l'article précédent, il n'y a pas lieu, à leur égard, au préliminaire de conciliation, mais seulement des *sociétés* régies par les dispositions du tit. 9, liv. 7, du Code civil.

(2) Une fois la société dissoute, les choses rentrent dans le cours ordinaire, l'exception fait place à la règle générale.

(3) Si les objets compris dans la société sont situés dans différents endroits, s'ils n'ont pas de siége principal, ces mots, *où elle est établie*, s'entendent *du lieu où elle a été contractée.*

(4) *Ou successeurs à titre universel, car* ils représentent les héritiers.

jusqu'au partage inclusivement ; sur les demandes qui seraient intentées par les *créanciers* du défunt (1) avant le partage ; sur les demandes relatives à l'exécution des *dispositions à cause de mort* (2), jusqu'au jugement définitif (3), devant le juge de paix du lieu *où la succession est ouverte* (4).

Loi des 26 oct. 1790. tit. 1er, art. 3, et 26 vent. an IV. art. 1, 2, 3 — Code civ., art. 102. 111, 822. — Code de proc. civ., art. 2, 5, 9. — [Notre Dict. gén. de Proc., v° *Conciliation*, n°s 96, 116 et 119.— Arm. Dalloz, *eod.*, n°s 83 à 89. — Carré, *Comp*, 2e part., liv. II, tit. 1, chap. 1er, art. 230, *Q.* 207, éd in-8°. t. 3, p. 314 et 2e part., liv. III, tit. 2, chap. 2, art 322. t. 6, p. 324. — Carré, *Justices de paix*, t. 4, p. 166 à 170. n°s 2968 à 2971.—Locré, t. 21, p. 397, n° 29. et p. 563, n° 22.— QUESTIONS TRAITÉES : Une action judiciaire est-elle formée par la citation en conciliation, indépendamment de l'action devant le tribunal ? *Q.* 219.—La citation en conciliation peut-elle être donnée devant le juge du domicile élu pour l'exécution d'un acte ? *Q.* 219 *bis*.—Devant quel juge de paix faut-il essayer la conciliation sur les demandes en garantie de lots et en rescision de partage ? 219 *ter*.—Le défendeur cité devant un autre juge que le sien peut-il demander à y être renvoyé ? *Q.* 219 *quater*.]

XLI. Nous avons vu, qu'en matière personnelle, le demandeur doit suivre la juridiction du domicile du défendeur, tandis qu'en matière réelle, il doit suivre celle dans le ressort de laquelle la chose litigieuse est située. Le législateur, par l'art. 50, déroge à cette règle, et veut qu'en toute matière la citation en conciliation soit donnée devant le juge du domicile. Le motif de cette dérogation est sensible : dans un essai de conciliation, tout dépend de la volonte des parties, et non de l'état des choses ; le juge de paix ne peut faire aucun acte d'instruction ; il n'a point à visiter les lieux contentieux, et d'ailleurs, il est probable que les parties auront plus de confiance dans le magistrat de leur domicile, que dans tout autre qui peut leur être inconnu.

Le Code exceple néanmoins certains cas où il s'agit de succession ou de société ; exceptions fondées, d'une part, sur ce que le juge du lieu se trouve plus à portée de connaître le véritable état des choses, et de l'autre sur ce que, dans le lieu où la succession s'est ouverte, où la société est établie, il est aussi plus facile aux parties de faire entre elles, aux moindres frais possibles, les recherches qui peuvent être nécessaires. (*Rapp. au Corps législ.*)

219. *Une action judiciaire est-elle formée par la citation en conciliation, indépendamment de l'action devant le tribunal?*

Cette question, d'autant plus importante qu'elle peut se présenter pour tous les cas où la loi détermine les délais dans lesquels l'action doit être formée, a été résolue pour la négative, par arrêt de la Cour de cassation du

---

(1) On entend ici par créanciers, non-seulement ceux auxquels il serait dû une somme d'argent, mais encore tous ceux qui auraient à réclamer quoi que ce soit de la succession.

(2) C'est-à-dire aux dispositions testamentaires et aux donations de biens à venir, qui ne peuvent plus avoir lieu que par contrat de mariage.

(3) Ou, pour mieux dire, *jusqu'au partage définitif*. On a employé le mot jugement dans l'article, parce que le partage doit se faire en justice, du moins dans le plus grand nombre de cas, et il est à remarquer que les demandes entre héritiers, pour rescision, ou en garantie de partage, se portent, même après le partage définitif, devant le tribunal de l'ouverture de la succession, conformément à l'art. 822 du Code civil, auquel l'article 50 du Code de procédure n'a point dérogé.

[*V.* la *Quest.* 219 *ter*.]

(4) Il se détermine par le domicile. (C. C., art. 110.)

26 mars 1806, rapporté par M. Coffinières, dans la *Jurisprudence des Cours souveraines*, t. 1, p. 66, et *J. Av.*, t. 2, p. 346.

« Mais, dit cet arrêtiste, il semble qu'on pourrait aujourd'hui motiver une solution contraire sur la combinaison de quelques articles des nouveaux Codes.

« L'art. 2245 du Code civil veut que la citation en conciliation interrompe la prescription du jour de sa date, lorsqu'elle est suivie d'une assignation donnée en justice dans les délais de droit; et l'article du Code de procédure dispose aussi que la citation en conciliation interrompt la prescription, pourvu que la demande soit formée dans le mois.

« Ainsi, d'après cet article, il suffit que la citation devant le bureau de paix soit donnée avant l'expiration du délai nécessaire pour prescrire, quoique l'assignation elle-même soit postérieure à ce délai; et, puisqu'une action judiciaire est nécessaire pour interrompre la prescription, il s'ensuit qu'une telle action est intentée par la seule citation devant le bureau de paix. »

Il est facile de sentir le vice d'un tel raisonnement. Nulle part on ne trouve écrit dans la loi qu'il soit nécessaire de former une action en justice pour interrompre le cours de la prescription; au contraire, un acte même extrajudiciaire suffit pour cela (art. 2244 du Code civil); et loin de consacrer en principe que l'action est intentée par la seule citation devant le juge de paix, l'art. 57 du Code de procédure parle de la demande à former postérieurement à cette citation. Or, comme on ne peut concevoir une action judiciaire sans une demande qui en soit l'objet, on ne peut aussi concevoir l'existence d'une action sans assignation devant le tribunal. A ces motifs, on peut ajouter la remarque faite par M. Berriat Saint-Prix, p. 186, n° 2; il rapporte les termes de l'art. 48 : « *Aucune demande ne sera reçue que le demandeur n'ait préalablement été appelé en conciliation.* » Ainsi, dit-il, comme la demande est nécessairement le premier acte d'une instance, il paraît clair que la loi ne considère pas la conciliation comme faisant partie d'une instance, et telle paraît être aussi la doctrine de M. Merlin (*Quest. de droit*, v° *Domicile*, § 4, et v° *Pignoratif*. Voy. aussi le *Nouveau Répertoire*, v° *Déclinatoire*, et *suprà*).

[[Nous croyons que cette doctrine est exacte; elle est enseignée par M. BONCENNE, t. 2, p. 36, et elle résulte encore d'un arrêt de la Cour de Metz du 6 mai 1818 (*J. Av.*, t. 7, p. 280), qui décide que la citation en conciliation ne peut faire considérer comme litigieux le droit ou la créance qu'elle a pour objet.]] **Supp. alph.**, v° *Concil.*, n. 130.

[[219 bis. *La citation en conciliation peut-elle être donnée devant le juge du domicile élu pour l'exécution d'un acte?*

L'art. 111 du Code civil, qui dispose que, dans ce cas, les poursuites pourront avoir lieu devant le juge du domicile élu, n'a évidemment trait qu'au juge qui doit décider les contestations. Aussi, l'art. 59 du Cod. proc. civ., qui s'occupe de la même compétence, reproduit-il cette disposition.

Mais la conciliation a quelque chose de particulier qui a nécessité l'introduction d'une compétence spéciale, plus en harmonie avec le but de paix que la loi se propose, compétence exclusivement réglée par l'art. 50, et qui n'admet point d'autres exceptions que celles qui sont contenues dans ce même article. Le domicile d'élection nous paraît donc devoir lui demeurer étranger. M. FAVARD DE LANGLADE, t. 1, p. 626, n° 2, exprime la même opinion.]] **Supp. alph.**, v° *Concil.*, n. 71 et 72.

[[219 ter. *Devant quel juge de paix faut-il essayer la conciliation sur les demandes en garantie de lots et en rescision de partage?*

L'art. 822 du Code civil, après avoir attribué compétence pour l'action en

partage et pour les contestations qui s'élèvent dans le cours des opérations, au tribunal du lieu de l'ouverture de la succession, ajoute que c'est devant le tribunal que doivent être portées aussi les demandes relatives à la garantie des lots entre co-partageants et celles en rescision du partage.

Mais le paragraphe 3 de l'art. 50 du Cod. proc. civ., ne comprend que les premières dans l'exception qu'il établit, et reste muet sur les secondes; d'où il suit, d'après ce que nous avons dit sur la question précédente, que, si cette dernière espèce de demande ne rentrait pas parfaitement dans l'autre, on devrait lui appliquer le principe général du § 1er de notre article; c'est ce qui a fait décider à M. BOITARD, t. 1, p. 129 et suiv., que les demandes en garantie des lots et en rescision du partage, devaient être précédées d'un essai de conciliation devant le juge de paix du domicile du défendeur.

Mais la plupart des auteurs, et notamment MM. FAVARD DE LANGLADE, t. 1, p. 626, n° 3, et BONCENNE, t. 2, p. 27, à la note, ont considéré avec raison que, tant qu'il y a lieu à ces demandes, le partage n'étant pas définitif, au moins entre les copartageants, son résultat étant remis en question, ces demandes étaient, par leur nature même, nécessairement, rigoureusement antérieures au partage, et soumises, par conséquent, à la disposition du § 3 de l'article 50 du Code de proc. civ. Cependant, la Cour de Nîmes a jugé, le 28 décembre 1827 (*Mém. de M. Tajan*, t. 17 p. 25), que la citation en conciliation sur une demande en augmentation de légitime peut être donnée devant le juge de paix du domicile du défendeur, cette action étant à la fois personnelle et réelle. *V.* notre *Quest.* 262 *bis.*]] **Supp. alph.**, v° *Concil.*, n. 69.

[**219** quater. *Le défendeur cité devant un autre juge que le sien, peut-il demander à y être renvoyé ?*

Oui, sans doute; puisque le but de la loi a été de confier l'essai de conciliation au juge qui serait présumé avoir le plus d'ascendant sur les parties. Il est donc clair qu'en s'adressant à un autre juge, on n'exécute pas la loi, et que la partie citée a le droit de s'en plaindre. Mais cette exception ne doit pas, selon nous, faire l'objet d'une décision de la part du magistrat saisi de la conciliation; elle sera seulement mentionnée dans son procès-verbal, comme le motif donné par la partie à son refus de se concilier, et le juge ne prononcera rien sur le mérite de ce motif. *V.* la *Quest.* 218 *quinquiès.*

Mais si cet inutile essai n'était pas suivi d'un autre devant le juge compétent, nous pensons que le défendeur assigné devant le tribunal aurait le droit de faire rejeter les poursuites pour défaut de tentative régulière de conciliation. Ce droit ne lui appartiendrait plus s'il s'était livré, devant le juge de paix incompétent, à la discussion du fond, car alors il serait présumé avoir renoncé au déclinatoire (*V.* la *Quest.* 234). M. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 146, examine la question, et semble dire que l'exception doit être appréciée par le juge dont on décline la compétence; mais ce n'est, pensons-nous, qu'une erreur apparente qu'il faut attribuer au défaut de précision des termes.

Il est bien évident que si le juge de paix était compétent, la tentative de conciliation sera considérée comme remplie.

MM. BONCENNE, t. 2, p. 32, et BOITARD, t. 1, p. 144 et 145, professent les mêmes principes.]] **Supp. alph.**, v° *Concil.*, n. 75 et s.

ART. 51. Le délai de la citation sera de trois jours au moins.

Loi du 26 vent. an IV, art. 6.—Code de proc., art. 1, 1033. — Armand Dalloz, v° *Conciliation*, n° 91. — Carré, *Justices de paix*, t. 4, p. 171, n°s 2972 et 2973. — Locré, t. 21, p. 397, n° 30, et p. 563, n° 23.]

XLII. Le délai de la citation en bureau de paix est plus long que celui que l'art. 1er a fixé pour celle qui serait donnée en justice de paix proprement dite, parce que l'importance des affaires et l'objet de la conciliation exigent plus de réflexions de la part du défendeur. Il est bien entendu, au reste, d'après la disposition générale de l'art. 1033, que si la demeure est éloignée de plus de trois myriamètres du lieu de comparution, le délai est augmenté d'un jour par trois myriamètres de plus.

[[La première de ces deux observations est reproduite par M. BOITARD, t. 1, p. 138, et la seconde est approuvée par MM. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 147, FAVARD DE LANGLADE, t. 1, p. 627, BOITARD, t. 1, p. 139 et BONCENNE, t. 2, p. 31, dont la doctrine a été sanctionnée par un arrêt de la Cour de cassation, du 21 février 1837 (*J. Av.*, t. 52, p. 155). Le dernier des auteurs cités, fait néanmoins observer que l'augmentation du délai, à raison de la distance, ne peut s'appliquer pour la conciliation qu'au cas où il y a deux défendeurs puisque, s'il n'y en a qu'un, il doit toujours être cité devant son juge de paix.

En reproduisant cette observation empruntée au tribunat (LOCRÉ, t. 21, p. 398, n° 30), M. Boncenne a supposé sans doute que la distance qui sépare le domicile du défendeur unique du chef-lieu du canton ne peut pas atteindre trois myriamètres. Cette impossibilité n'est pas cependant admissible, dans tel canton fort étendu, il se peut que celui qui a sa résidence sur l'extrême limite, soit séparé par une distance semblable ou même supérieure, du lieu ou se tiennent les audiences. Si, en fait, il en était ainsi, l'art. 1033 serait, sans contredit, applicable.

Car, ce n'est pas à la situation du domicile en dehors ou en dedans des limites du canton que tient son application, c'est uniquement à la distance du chef-lieu, parce que c'est de ce chef-lieu et non pas du point frontière que la distance doit être calculée.

Autrement il faudrait traiter de même l'ajournement devant un tribunal, devant une cour royale, et décider que les délais pour y comparaître, ne seraient susceptibles d'augmentation qu'à l'égard des parties dont le domicile est étranger au ressort, ce qui ne peut être entré dans la pensée de M. Boncenne, ni dans celle des membres du tribunat.]] *Add.* **Supp. alph.**, v° *Concil.*, n. 81.

ART. 52. La citation sera donnée par un huissier de la justice de paix du défendeur ; elle énoncera sommairement l'objet de la conciliation.

Tarif, t. 4, 21. — [Notre Comm. du Tarif, t. 1, p. 41, n° 5.] — Loi des 21 sept. et 13 nov. 1791. — Cod. de pr., art. 1 et 4. — [Loi du 25 mai 1838, art 16 et 17. — Arm. Dalloz, v° *Conciliation*, n°s 92 à 94. — Carré, *Justices de paix*, t 4, p. 171 et 172, n°s 2974 et 2975. — QUESTIONS TRAITÉES. La citation en bureau de paix, donnée par un huissier de première instance qui n'est pas attaché à la justice de paix est-elle valable, s'il est prouvé que cet huissier est, depuis plusieurs années, dans la possession de signifier les citations données devant cette justice et les actes émanés d'elle? *Q.* 220. — La nécessité de l'avertissement préalable, introduite par l'art. 17 de la loi du 25 mai 1838, s'applique-t-elle aux citations en conciliation? *Q.* 220 *bis*. — Une citation qui ne contiendrait pas les moyens de la demande serait-elle nulle? *Q.* 221.] V. *infrà*, p. 258, *Q.* 221 *bis*.

XLIII. Encore bien que la loi ne prescrive aucune forme pour la rédaction de l'exploit, il est sensible qu'il doit contenir tout ce qui est exigé pour la citation donnée en justice de paix ; autrement, il pourrait y avoir lieu à ordonner un réassigné. (V. *Quest.* 5). La seule différence qu'on remarque entre les deux actes, c'est que le demandeur, au lieu de conclure positivement, en bureau de paix, à ce que son adversaire *soit condamné*, se borne à lui faire connaître *l'objet* de la demande qu'il se propose de former ultérieurement, c'est-à-dire les conclusions de cette demande projetée.

[[MM. FAVARD DE LANGLADE, t. 1, p. 626, BONCENNE, t. 2, p. 28, et BOITARD,

t. 1, p. 136, renvoient aussi, pour les formalités de la citation, aux art. 1 et 4 du Code de proc. civ.; ils conviennent tous que leur omission n'entraînerait pas nullité, à moins qu'elle ne portât sur un point qui tînt à l'essence même de la citation.

On n'oubliera pas qu'il a été dérogé à la première disposition de cet article par l'art. 16 de la loi du 25 mai 1838, qui attribue à tous les huissiers d'un même canton, le droit de faire concurremment tous les actes de leur ministère devant la justice de paix.]]

220. *La citation en bureau de paix, donnée par un huissier de première instance qui n'est pas attaché à la justice de paix, est-elle valable, s'il est prouvé que cet huissier est, depuis plusieurs années, dans la possession de signifier les citations données devant cette justice, et les actes émanés d'elle?*

L'art. 52 est conçu, sous le rapport de cette question, dans les mêmes termes que l'art. 4. Nous avons dit, sur cet article, que toute citation signifiée par un huissier, autre que celui de la justice de paix, était nulle pour cause d'incompétence. Il est évident que la même décision doit être donnée relativement à la citation en bureau de paix; mais il pourrait naître quelques difficultés dans l'espèce de la question ci-dessus posée, en ce qu'il serait prouvé que, depuis longues années, l'huissier qui aurait signifié la citation était en possession de faire tous les actes qui tiennent au ministère de l'huissier de la justice de paix.

On invoquerait surtout, pour la validité de la citation, le principe *error communis facit jus*, etc.

Néanmoins, par arrêt du 16 août 1811 (*J. Av.*, t. 14, p. 548, 3e espèce), la seconde chambre de la Cour royale de Rennes a déclaré la citation nulle, encore qu'il fût prouvé par des certificats délivrés par deux juges de paix qui s'étaient succédé, 1° que depuis la création de leur justice, aucun huissier n'y avait été attaché; 2° que depuis plus de douze ans, l'huissier dont on arguait l'acte avait toujours exploité près cette justice; 3° que le juge actuel lui faisait faire habituellement le service de son audience.

Cet arrêt est fondé sur les motifs que nous avons précédemment exposés et sur ce que, conformément à l'art. 4, l'huissier n'avait pas été commis par le juge; défaut d'où résultait l'incompétence radicale de cet officier.

Mais nous rappelons sur cette question l'arrêt de la Cour de cassation, rapporté *Quest.* 10, et d'après lequel la question pourrait être différemment jugée.

[[Cette question ne peut plus offrir d'intérêt, depuis que, par l'art. 16 de la loi du 25 mai 1838, tous les huissiers d'un même canton ont reçu sans distinction, le pouvoir de faire tous les actes devant la justice de paix. *V.* d'ailleurs, *suprà* la question indiquée par M. Carré et nos observations.]]

[[**220** bis. *La nécessité de l'avertissement préalable, introduite par l'art.* 17 *de la loi du* 25 *mai* 1838, *s'applique-t-elle aux citations en conciliation?*

Oui, d'après l'opinion de M. BENECH, p. 454; et nous la croyons fondée parce que les voies de douceur sont encore plus utiles et plus désirables, lorsqu'il s'agit d'amener une partie à se concilier, que lorsqu'on veut lui adresser directement une demande. Une citation par huissier est capable de produire dans certains esprits une aigreur qui deviendrait un obstacle à la conciliation.

Au reste, en appliquant aux citations en bureau de paix, l'art. 17 de la loi du 25 mai, on ne fera que perpétuer un usage déjà universellement établi avant cette loi, et qui obtient le suffrage de MM. FAVARD DE LANGLADE, t. 1, p. 626, et DALLOZ, t. 3, p. 708, n° 18.]] **Supp alph.**, v° *Concil.*, n. 84.

221. *Une citation qui ne contiendrait pas les moyens de la demande serait-elle nulle?*

Lorsqu'il s'agit de conciliation, *aucune action n'est intentée* ; il y a seulement un projet d'action, une déclaration d'entendre former une demande dont on fait connaître l'objet. Il paraît inconvenant d'employer des moyens de droit, avant qu'il soit certain s'il y aura un débat judiciaire.

C'est par ce motif que l'art. 52 n'exige pas l'énonciation des moyens, et il en résulte qu'elle n'est pas nécessaire : lorsque la loi a voulu qu'elle fût faite, elle s'en est expliquée. (Art. 1er et 61).

Il faut convenir cependant que, dans la pratique, il serait utile que le défendeur n'ignorât pas les moyens de la demande, afin qu'il fût plus en état de se concilier; c'est ainsi que M. Dumoulin raisonne sur la question ci-dessus. (V. *Biblioth. du Barr.*, 1810, 1re part., p. 243.) (1).

[[M. PIGEAU, *Proc. civ.*, t. 1, p. 40, et *Comm.*, t. 1, p. 148, exige l'énonciation des *moyens*. MM. FAVARD DE LANGLADE, t. 1, p. 627, et BOITARD, t. 1, p. 138 et 139, pensent comme M. Carré, à la note, que cette énonciation est utile et désirable; mais l'art. 1030 s'oppose, d'après eux, à ce que son omission emporte nullité. Nous partageons leur avis.]] **Supp. alph.**, v° *Concil.*, n. 85.

Supp. alph., *eod. verb.*, n. 86, p. 40. *Un même exploit peut-il contenir une demande de la compétence du juge de paix et une citation en conciliation?*

ART. 53. Les parties comparaîtront en personne; en cas d'empêchement, par un fondé de pouvoir.

Tarif, 69 — [Notre Comm. du Tarif, t. 1, p. 42 à 43, nos 8 à 10.]—Loi du 27 mars art. 16.—[Code de pr., art. 9.—Notre Dict. gen de Pr., vo *Conciliation*, nos 86 à 93.—Devilleneuve, *eod verb.*, nos 35 à 37. — Armand Dalloz, *eod.*, nos 95 à 103. — Carré, *Compétence*, 2e part., liv. III, tit. 2, chap. 2, sect. 2, éd. in-8°, t. 6, p. 316, à la note.—Carré, *Justices de paix*, t. 4, p. 172 à 175, nos 2976 à 2981. — Locré, t. 21, p. 190, no 4, p. 398, no 31, et p. 564, no 24. — QUESTIONS TRAITÉES : N'est-il pas des cas où le juge de paix aurait le droit d'ordonner la comparution personnelle d'une partie? *Q.* 222.— Un mari peut-il, comme mandataire présumé de sa femme, la représenter valablement en bureau de paix, sans être porteur de sa procuration? *Q.* 223.—La procuration doit-elle être donnée par acte authentique? *Q* 224 — La procuration doit-elle contenir pouvoir spécial à l'effet de transiger? *Q.* 225. — La comparution en conciliation doit-elle être publique? *Q.* 226.] (2).

XLIV. S'il est dans le vœu de la loi que les parties comparaissent en personne, elle ne l'exige point, et par cela même elle les dispense, *sans même*

---

(1) M. Demiau, dans son *Traité du Droit de la Pratique*, p. 50, dit formellement que la demande doit être rédigée de la manière qu'on se propose de la porter devant le tribunal; qu'il faut préciser et motiver avec soin l'objet qu'on veut soumettre à la conciliation. M. Pigeau émet la même opinion, t. 1, p. 40. Nous convenons que cet objet doit être précisé avec exactitude; mais enfin la différence qu'on remarque entre l'article 52 et les art. 1 et 61, nous paraît autoriser l'opinion de ceux qui pensent que, dans la rigueur, une citation non libellée ne peut être annulée. Au reste, l'art. 52 n'a pas même prescrit, à peine de nullité, l'observation de la disposition qu'il contient. Or, la citation est un exploit, et l'art. 1030 défend de prononcer la nullité des exploits et actes de procédure, lorsque la loi n'a pas formellement exprimé cette peine.

(2) **JURISPRUDENCE.**

[Nous pensons que :

1° Le tiers qui a reçu pouvoir de citer devant les tribunaux, et de poursuivre tous procès qui pourraient exister ou être intentés est suffisamment autorisé à citer en conciliation. Bordeaux, 4 février 1835 (*J. Av.*, t. 48, p. 370).

2° Depuis le Code civil, le pouvoir donné à un tiers, par une femme mariée, pour comparaître pour elle en conciliation et d'acquiescer à la demande, confère au mandataire le droit de ratifier un cautionnement qu'elle aurait souscrit sous l'empire du sénatus-consulte Valérien. Turin, 23 février 1807 (*J. Av.*, t. 7, p. 223).]

prescrire d'alléguer les motifs de l'empêchement. Elle ne pouvait en effet attribuer à un juge qui n'a aucune compétence sur le fond de la demande, mais seulement le pouvoir de concilier, celui de contraindre une des parties à comparaître en personne. Il est donc incontestable que celle qui se fait représenter n'est point tenue de justifier les causes de l'empêchement; bien plus : la loi, par les graves considérations déduites dans l'exposé des motifs, n'apporte aucune limite à la confiance des parties, lorsqu'elles comparaissent par un fondé de pouvoir. Elle n'exclut point, comme l'avait fait la loi de 1791, les personnes attachées à l'ordre judiciaire à quelque titre que ce soit. (*V.* art. 1041, et LOCRÉ, t. 21, p. 564, n° 24.)

[[Deux propositions résultent de ce commentaire : l'une, que la cause de l'empêchement n'a pas besoin d'être justifiée; l'autre, que les gens de loi peuvent, comme toute autre personne, être chargés de la procuration du non comparant.

La première ne nous paraît pas à l'abri de la controverse; car l'article que nous examinons pose en principe que les parties comparaîtront en personne, et il n'admet le mandataire qu'au cas d'empêchement. L'art. 9 est conçu différemment: « Les parties, dit-il, comparaîtront en personne ou par leurs fondés de pouvoir. » Il y a là évidemment une alternative abandonnée à leur choix; mais il n'en est pas de même de l'art. 53, qui ne laisse rien à la disposition libre du cité, mais qui assigne précisément le seul cas d'exception à la nécessité d'une comparution personnelle; il faut convenir néanmoins que l'usage contraire à ces principes a prévalu dans la pratique, mais nous le croyons opposé au texte comme à l'esprit de la loi; c'est aussi l'opinion de M. BOITARD, t. 1, p. 142. Mais celle de M. Carré est partagée par MM. FAVARD DE LANGLADE, t. 1, p. 627, n° 1; THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 136, et BONCENNE, t. 2, p. 38. V. *Q.* 222.

Quant à la seconde proposition, elle est sans difficulté, tous les auteurs précités l'admettent, elle a été sanctionnée par un arrêt de la Cour de Bourges, du 2 février 1825 (*J. Av.*, t. 29, p. 89), qui l'a appliquée aux huissiers, et par celui de la Cour, du 16 août 1817 (*J. Av.*, t. 14, p. 522), qui l'a appliquée au greffier même de la justice de paix, où doit avoir lieu la comparution, à la charge par lui seulement de faire tenir la plume par son commis assermenté. Mais elle a fait observer néanmoins que cette conduite de la part du greffier, quoique non illégale, serait peu convenable.

L'art. 18 de la loi du 25 mai 1838, en retranchant les huissiers du nombre de ceux que les parties peuvent choisir pour les représenter devant le juge de paix, confirme de plus en plus cette vérité, que toute autre personne a capacité pour remplir ce mandat. Seulement, il résulte de la discussion, comme on peut le voir dans les Traités de MM. BENECH, p. 470, et VICTOR FOUCHER, p. 493 et suiv., que « les juges de paix doivent écarter de leur prétoire tout ce qui tendrait à vicier cette belle institution. Ils ont le droit de renvoyer les causes, de refuser d'entendre des hommes qui seraient un fléau pour la société tout entière. Si la partie se méprend et choisit un procureur fondé indigne de sa confiance, le juge lui doit sa protection : il la doit à la société.... » *Paroles du rapporteur à la Chambre des Députés.*]] *Add.* **Supp. alph.**, v° *Concil.*, n. 88 et 89.

222. *Mais n'est-il pas des cas où le juge de paix aurait le droit d'ordonner la comparution personnelle d'une partie?*

Nous ne le pensons pas; et en cela nous partageons l'opinion de M. DEMIAU, p. 51, quoique nous ayons vu pratiquer le contraire. Ordonner la comparution personnelle, c'est évidemment priver la partie de la faculté de se faire représenter par un fondé de pouvoirs, conformément à l'art. 53; c'est, de la part du juge de paix, s'ériger en juge, lorsqu'il n'est qu'un simple médiateur.

[[D'après les observations dont nous avons fait suivre le nº XLIV, *sup.*, p. 238, on sent que nous ne pouvons approuver cette solution. Le juge de paix, chargé d'opérer la conciliation, doit faire respecter les dispositions prises par le législateur dans le but de la faciliter. Il peut donc refuser d'entendre le procureur fondé, lorsqu'on ne lui justifie pas l'existence d'un empêchement qui permette l'absence personnelle de la partie.

Une fois cet empêchement constaté, le juge de paix n'a pas sans doute qualité pour apprécier les difficultés que la partie adverse élèverait sur la régularité ou l'étendue du mandat : dans ce cas, M. THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 137, borne avec raison les fonctions du juge à prendre ces difficultés pour un refus de se concilier.

Mais, comme si la procuration était plus tard jugée irrégulière, il s'ensuivrait qu'il n'y pas eu de comparution ; la partie a le droit d'exiger que le motif de son refus soit consigné au procès-verbal, afin d'être admissible à le proposer, comme exception, devant les juges du fond : car s'il ne résultait pas de ce procès-verbal qu'elle a contesté la procuration, elle serait censée l'avoir reconnue, et, à plus forte raison, si elle avait procédé volontairement contre lui. C'est ce qu'ont jugé la Cour de cassation, le 10 mars 1814 (*J. Av.*, t. 7, p. 264), et les Cours de Grenoble, le 25 mai 1825 (*J. Av.*, t. 33, p. 147) ; de Paris, le 28 germinal an II (*J. Av.*, t. 7, p. 195), et de Rennes, le 16 août 1817 (*J. Av.*, t. 14, p. 522).

Au reste, si la partie, comparaissant en personne, se fait néanmoins assister d'un ami ou d'un conseil, le juge peut refuser d'entendre ce défenseur officieux dont la présence n'est pas dans le vœu de la loi, et peut avoir pour effet d'empêcher la conciliation. Telle est l'opinion que nous avons émise dans notre Commentaire du Tarif, t. 1, p. 42, nº 7.]] **Supp. alph.**, vº *Concil.*, n. 87 et 106.

223. *Un mari peut-il, comme mandataire présumé de sa femme, la représenter valablement en bureau de paix, sans être porteur de sa procuration?*

L'art. 16 de la loi du 27 mars 1791 portait que *nul ne pourrait être admis à représenter une partie, que lorsqu'il serait revêtu de pouvoirs suffisants pour transiger*, et, sous l'empire de cette loi, la Cour de cassation, par arrêt du 6 prairial an II (*S.*, t. 20, p. 450, et *J. Av.*, t. 1, p. 66), a décidé que la qualité de chargé de pouvoir résidant essentiellement dans la personne du mari, à l'égard de la femme *qui le laisse agir et ne contredit pas*, celle-ci a été valablement représentée par lui au bureau de paix, quoiqu'il ne fût pas porteur d'une procuration. Nous admettons bien que la femme étant seule intéressée à se plaindre de ce que son mari a comparu, tant pour lui que pour elle (arg. de l'article 225 du Code civil), la partie adverse ne peut se prévaloir du défaut de procuration. Nous admettons aussi que la femme qui, après la comparution du mari en bureau de paix, procède conjointement avec lui, ne peut ensuite argumenter de ce même défaut de pouvoirs. Cela nous paraît incontestable, aujourd'hui surtout que le défaut du préliminaire même se couvre par la procédure volontaire; mais nous ne pensons pas que le mari soit, en vertu d'une présomption légale, considéré, en tous cas, comme procureur de droit de sa femme. Cette présomption n'existe que pour les *actions mobilières et possessoires* appartenant à la femme, parceque l'art. 1428 du Code civil dispose qu'il peut les exercer seul. Mais si la citation était donnée en matière immobilière, il nous paraît évident que le mari ne pourrait valablement représenter sa femme en bureau de paix, sans être muni de la procuration impérieusement exigée par l'art. 53.

Add. — A l'arrêt du 6 prairial an II, cité sur cette question, il faut ajouter celui du 6 pluviôse an XII, rapporté, mais en simple notice, par M. Chauveau

Adolphe (*J. Av.*, t. 7, p. 186); il décide que le mari, étant mandataire légal de la femme, ne peut paraître pour elle en bureau de conciliation. M. Chauveau, après avoir fait remarquer que nous avons fait, et M. Pigeau après nous, *Comm.*, t. 1, p. 140, une distinction entre les actions mobilières et immobilières, ajoute que la Cour de cassation a décidé le contraire par un arrêt du 10 mars 1814 (*J. Av.*, t. 7, p. 263). Il faut convenir que cet arrêt est contraire à notre opinion et à celle de M. Pigeau, puisqu'il déclare que des époux agissant tant pour eux que pour leurs femmes, sans procuration, mais se portant forts pour elles, avaient qualité pour les représenter en bureau de paix, et qu'en décidant de la sorte, loin de blesser aucune loi, on entrait dans les conséquences de l'art. 1428 du Code civil, qui rend le mari responsable de tout dépérissement des biens personnels de sa femme par défaut d'*actes conservatoires*. Quoi qu'il en soit, nous maintenons la distinction que nous avons faite, et qu'adopte M. Dalloz, t. 3, p. 708, n° 21, parce qu'elle résulte du rapprochement de l'art. 1428, qui n'accorde au mari le droit d'agir que pour les actions mobilières et possessoires de la femme, et des art. 48 et 53 du Code de procédure. Que le mari puisse agir également, quand il s'agit d'actes conservatoires autres que l'action possessoire, nous le concédons; mais dans l'espèce jugée par la Cour de cassation, il s'agissait d'une véritable action immobilière, et non d'actes conservatoires, puisqu'il était question d'une demande en annulation d'un acte de vente, comme contenant une donation indirecte faite au préjudice des femmes des maris comparants. **Carr.**

[[Aussi avons-nous fait observer, avec M. Coffinières, que cette décision avait certainement subi l'influence des faits de la cause. Nous partageons au surplus l'opinion de M. Carré.]] **Supp alph.**, v° *Concil.*, n. 90.

224. *La procuration doit-elle être donnée par acte authentique ?*

Nous renvoyons à la solution donnée sur la 44e *Quest.*, en faisant observer avec M. Pigeau, t. 1, p. 43, que c'est surtout en bureau de paix qu'il peut arriver qu'une partie ait intérêt à rejeter une procuration sous seing privé, et, par conséquent, à refuser d'entrer en arrangement avec le porteur

[[Voyez aussi nos observations sur la *Quest.* 44.]]

225. *La procuration doit-elle contenir pouvoir spécial à l'effet de transiger ?*

Le décret du 16 mars 1791 (art. 6) l'exigeait expressément; et comme la nécessité que la procuration contienne pouvoir spécial, à l'effet de transiger, résulte de la nature même de l'objet de comparution en bureau de paix, et suivant la plupart des auteurs, parmi lesquels nous citerons M. Biret, comme ayant donné le plus de développement à son opinion (*V.* t. 1, p. 108), on devrait encore suivre cette disposition, puisque l'essai en conciliation a pour but d'opérer une transaction. Des jurisconsultes sont même allés jusqu'à prétendre que la défense de transiger serait une clause vicieuse qui anéantirait la procuration, et devrait faire considérer le mandat comme non représenté et laissant défaut.

Nous avions adopté cette opinion dans notre Analyse, *Quest.* 127, mais nous sommes porté à croire aujourd'hui, d'après la discussion qui eut lieu au Conseil d'État, que l'on doit décider tout autrement (1).

---

(1) Nous lisons en effet, dans Locré, t. 21, p. 398, n° 31 :

« La section du Tribunat a dit :

« On a pensé que l'intention des auteurs « du projet n'était pas que ce *fût un pouvoir à l'effet de transiger*, mais seulement à l'effet de comparaître. Si la section s'était trompée sur leur intention,

Add. — Notre opinion sur cette question n'a pas été adoptée par M. Pigeau (*Comm.*, t. 1, p. 148). Il fait observer que l'art. 146 du projet avait ajouté ces mots *autorisée à transiger*, qui furent retranchés comme inutiles, puisque un fondé de pouvoir, *qui n'y serait pas autorisé*, ne serait pas véritablement fondé *pour se concilier*. Ainsi, d'après le savant auteur, le pouvoir de comparaître contiendrait virtuellement celui de transiger.

Nous répondons que M. Pigeau s'est trompé sur les intentions du Conseil d'État, lors de la discussion du projet, ainsi que l'on peut s'en convaincre par l'extrait de cette discussion, textuellement rapporté à la note.

Ainsi, nous avons eu raison en disant, dans notre *Traité des Justices de paix*, t. 4, p. 173, n° 2978, que la procuration pour comparaître en bureau de paix doit être *spéciale* pour transiger, et ne se présume pas. Celui-là donc qui n'a qu'un pouvoir pour comparaître, n'est *censé* l'avoir que pour se refuser à la conciliation ; comme le dit M. BONCENNE, t. 2, p. 39, il peut dire : *Celui qui m'envoie ne veut pas transiger;* en tous cas, s'il consentait à des arrangements proposés, ce ne pourrait être que sous la condition essentielle de ratification par écrit de son commettant. **Carr.**

[[Cette opinion, partagée encore par MM. FAVARD DE LANGLADE, t. 1, p. 621, n° 2; DALLOZ, t. 3, p. 708, n° 20 ; THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 136, et BOITARD, t. 1, p. 141, nous paraît exacte. Ce n'est pas en effet une conciliation que la loi exige, mais une comparution. On satisfait donc à la loi en se faisant représenter seulement pour comparaître.]] **Supp. alph.**, v° *Concil.*, n. 92 et 93.

226. *La comparution en conciliation doit-elle être publique?*

La loi ne l'exige point, et, par conséquent, il est permis au juge de paix d'entendre les parties à huis clos. (BERGIER, *Manuel des Justices de paix*, p. 39.) Les parties doivent avoir toute la liberté nécessaire pour entrer en arrangement ; la présence du public les gênerait dans leur explication ; l'isolement, suffisamment autorisé par le silence de la loi, ne peut qu'amortir les germes d'obstination et d'amour-propre, toujours plus prompts à se développer devant un certain nombre de témoins.

Add. — M. Chauveau Adolphe (1) limite la solution aux cas où la loi n'a pas fait exception au principe de la publicité des audiences. « Toutes les fois, dit-il, que la loi ne dit pas le contraire, les audiences des juges de paix doivent avoir lieu les *portes ouvertes*, et cette règle générale ne fléchit que quand l'exception est *écrite dans un texte formel.* » Le bureau de paix ne pourrait, suivant lui, être tenu, sans publicité que dans les cas prévus par les art. 87 du Code

---

« elle déclare que *son vœu bien formel* est, « en effet, que les parties ne soient pas te- « nues de donner *des pouvoirs illimités.* « Que la loi force les parties à se présenter « devant le juge de paix, à peine d'une « amende, cela se peut; mais lorsqu'une « partie est empêchée de comparaître elle- « même, vouloir exiger qu'elle remette, « entre les mains d'un tiers, la disposition « de sa fortune, c'est ce que la raison et la « justice ne peuvent admettre. Il ne faut pas, « d'ailleurs, perdre de vue que ce ne sera « plus que dans les affaires de grand intérêt « que la tentative de conciliation sera pres- « crite. Au reste, *les parties ne seront pas* « *empêchées de donner des pouvoirs à l'effet* « *de transiger;* mais, du moins, il n'y aura « pas de nullité. »

Puisque telle est la raison pour laquelle on n'a pas répété, dans l'art. 53, la disposition de la loi de 1791, à plus forte raison ne peut-on maintenir que le simple pouvoir de comparaître contienne virtuellement le pouvoir de transiger.

Telle est aussi l'opinion de M. DEKIAU, p. 50, et celle qu'adopte M. BERRIAT, p. 189, not. 21.

(1) Au mot *Conciliation*, t. 7, n° 108, p. 293 et 294.

de procédure, et 64 de la Charte; il cite à l'appui M. Favard de Langlade, qui dit, en effet p. 621 «qu'en général, le bureau de conciliation doit être ouvert au « public toutes les fois que, *sans inconvénients*, le magistrat peut exercer ses « fonctions en présence du peuple, parce que le vœu du législateur l'oblige « de donner cette garantie à la justice et à l'opinion publique. »

On voit que M. Favard ne fait point de l'obligation d'entendre les parties en audience publique une obligation *aussi rigoureuse* que M. Chauveau. Aussi, M. Dalloz (1) dit-il que « la tentative de conciliation n'est pas nécessairement « soumise, comme les débats judiciaires, à l'obligation de la publicité; du « moins la loi n'exige pas, et il paraît naturel d'induire de son silence que le « juge de paix a la faculté d'entendre les parties *à huis clos toutes les fois qu'il « le juge convenable*, » et non pas, comme il résulterait de ce que dit M. Chauveau, quand il y a exception écrite dans un texte formel; ajoutons que M. Dalloz, dont, à nos yeux comme à ceux de tous les jurisconsultes, l'opinion est d'un grand poids, ajoute : « Telle est l'opinion de MM. Carré et Favard. »

Et ici nous ne nous bornerons pas, par ces considérations, à déclarer seulement que nous maintenons la solution de notre question; mais nous irons beaucoup plus loin, en soutenant que le principe de la *publicité* des audiences ne s'applique point à la comparution en bureau de paix, où, comme le dit encore M. Dalloz, le juge de paix n'agit point sur les parties avec *l'autorité d'un juge*, mais seulement avec les conseils et le ton persuasif d'un médiateur. Ce principe ne s'applique qu'aux débats judiciaires, suite d'une demande introductive. On en sera convaincu par le Commentaire de l'art. 13 de notre *Traité de compétence*, et nos questions sur cet article.

Mais on oppose que le procès-verbal pourrait constater des aveux qui compromettent les intérêts d'une des parties, et que, sans la publicité de l'audience, il ne lui resterait aucune ressource pour s'inscrire en faux, s'il y avait lieu, puisqu'elle n'aurait d'autres témoins que le juge, le greffier et la partie adverse, auteurs ou complices du faux; mais il serait difficile de citer un seul cas où cette supposition se soit réalisée, et, d'ailleurs, la partie, qui a bien voulu entrer en arrangements, ne peut se plaindre de s'être exposée à un inconvénient qui existe toujours pour les actes sous seing privé, à l'égard desquels la loi n'admet point la preuve par témoins contre et outre leur contenu. **Carr.**

[[Nous persistons dans notre opinion, à laquelle il ne nous paraît pas qu'on ait opposé des arguments nouveaux.]] **Supp alph.**, v° *Concil.*, n. 94 et 95.

ART. 54. Lors de la comparution, le demandeur pourra expliquer, même augmenter sa demande, et le défendeur former celles qu'il jugera convenables. Le procès-verbal qui en sera dressé contiendra les conditions de l'arrangement, s'il y en a; dans le cas contraire, il fera sommairement mention que les parties n'ont pu s'accorder. Les conventions des parties, insérées au procès-verbal, ont force d'obligation privée.

Tarif, 10, 20, 58, 65.—[Notre Comm. du Tarif, t. 1, p. 43 et 44, n°s 11 et 12.]—Loi du 16 août 1790, tit. 10, art. 2, 5.—[Notre Dict. gén. de pr., v° *Conciliation*, n°s 62, 95, 108 à 114. — Arm. Dalloz, *eod*, n°s 117 à 123.—Carré, *Comp.*, 2e part., liv. III, tit. 2, chap. 2, art. 323, éd. in-8°, t. 6, p. 324 et tit. 4, chap. 3, art. 417, t. 7, p. 438, à la note. — Carré, *Justices de paix*, t. 4, p. 175 à 193 n°s 2982 à 3002.—Locré, t. 21, p. 247, n° 4, p. 252, n° 9, p. 399, n° 32, et p. 527, n° 17.—Quest.

(1) Au mot *Conciliation*, t. 3, p. 108.

TIONS TRAITÉES : Le juge de paix a-t-il le droit d'interroger et d'interpeller les parties qui comparaissent en bureau de paix? *Q* 227. — Le juge de paix doit-il insérer au procès-verbal les dires respectifs des parties, les interpellations qu'elles se seraient faites et leurs réponses? *Q.* 228. — Quelle sera la force des aveux consignés au procès-verbal sur le réquisitoire des parties? *Q.* 229. — Lorsque les conditions de l'arrangement dont les parties conviennent au bureau de paix sont telles qu'elles constituent des ventes, des baux à ferme ou à loyer, des partages et autres actes qui peuvent être faits sous seing-privé, ou par le ministère des notaires, les conventions sont elles valablement constatées par le juge de paix, de manière à produire tous les effets d'un acte sous seing privé ou dressé par un notaire? *Q.* 230.—Les conventions insérées au procès-verbal de conciliation n'ayant que *force d'obligations privées*, s'ensuit-il que ce procès-verbal ne puisse, sous aucun rapport, être considéré comme un acte authentique? *Q* 231.—La partie au profit de laquelle les conventions insérées dans le procès-verbal auraient été consenties, serait-elle recevable à demander en justice qu'il en fût dressé acte par-devant notaires, avec assignation d'hypothèque? *Q.* 232.— Est-il nécessaire de citer de nouveau en conciliation la partie contre laquelle on se propose de former une demande en justice, en vertu des conventions arrêtées en bureau de paix? *Q.* 233 — La partie qui a volontairement comparu en conciliation devant un juge de paix qui n'est pas celui de son domicile, peut-elle ensuite devant le tribunal demander pour cause d'incompétence l'annulation du procès-verbal dressé par ce juge? *Q.* 234.] V. *infrà*, p. 253, Q. 234 *bis*.

XLV. Lorsque les parties ou leurs fondés de pouvoir comparaissent, chacun expose devant le juge les faits et les raisons qu'il croit convenables. Le demandeur peut, soit de lui-même, soit sur les interpellations qui lui sont faites par l'adversaire, expliquer et motiver sa demande, il peut également la modifier, la restreindre, et même l'*augmenter* (1). De son côté, le défendeur, non-seulement a la faculté de répondre aux prétentions du demandeur, mais encore de fournir contre lui telle demande qu'il juge convenable, sans qu'il soit be-

---

(1) *Augmenter*. La loi exprime par ce mot que le demandeur pourra réclamer, par exemple, les intérêts d'un capital, l'exécution par voie de contrainte par corps, mais non pas former une demande nouvelle, distincte de celle qui est l'objet de la citation : cela serait évidemment contraire à l'art. 52. Ce n'est qu'au défendeur que la loi permet de former les demandes qu'il jugera convenables, de même que l'art. 464 le lui permet en cause d'appel, parce qu'il ne fait que repousser par là la demande formée contre lui.

Ainsi, la Cour de cassation avait décidé, par arrêt du 11 pluviôse an 4 (*J. C. S.*, v° *Conciliation*, *Quest.* 2, et *J. Av.*, t. 7, p. 152, v° *Conciliation*, n° 2), qu'on ne pouvait, sans appeler une seconde fois le défendeur en bureau de paix, former, devant le tribunal, une autre demande que celle sur laquelle le procès-verbal de non-conciliation avait été dressé.

Add. — Ce n'est qu'au défendeur que l'art. 54 permet de former en bureau de paix les demandes qu'il juge convenables, pour repousser la demande projetée contre lui, de même qu'il y est autorisé en cause d'appel, par l'art. 464, d'où suit que ces demandes doivent toujours avoir quelque connexité avec l'objet de celle qui a été soumise par la citation à la médiation du juge de paix.

Si cependant le défendeur consent, malgré le silence de la citation, à essayer la conciliation sur une demande nouvelle, fermée bureau tenant, cet essai est valable, le juge de paix ayant constaté ce consentement en décernant acte aux parties, et les faisant signer.

Dans le cas contraire, il doit renvoyer le défendeur à se pourvoir par citation nouvelle; et s'il négligeait de le faire, le tribunal l'ordonnerait lui-même. Il en serait ainsi lorsque le demandeur changerait l'objet de sa demande énoncé dans la citation, pour lui en donner un tout différent. Par exemple, si après lui avoir demandé contre un acquéreur la nullité de sa libération, le demandeur concluait à l'annulation du contrat de vente, ce serait alors une demande principale, sur laquelle l'essai de conciliation ne pourrait avoir lieu qu'en vertu d'une citation nouvelle. **Carr.**

[Tous les auteurs conviennent que les dispositions de l'art. 54, qui autorisent le demandeur à augmenter ses demandes et le défendeur à en formuler, de son chef de nouvelles, doivent s'entendre en ce sens que l'argumentation ne peut porter que sur les accessoires de la demande originaire, et que les demandes nouvelles ne sont admissibles qu'autant qu'elles servent de défense ou d'exception à la demande principale. Autrement le but de la loi, en exigeant une citation préalable où se trouve indiqué l'objet de la demande, serait totalement manqué. On peut voir cette observation reproduite par MM. FAVARD DE LANGLADE, t. 1, p. 629, n° 7, et BOITARD, t. 1, p. 146 et 147.]

soin, de part ni d'autre, d'une citation nouvelle. Quant aux conventions arrêtées en bureau de paix, s'il y a conciliation, la loi leur accorde la force d'une obligation sous seing privé. On ne pouvait évidemment leur refuser cet effet, a dit l'orateur du gouvernement, puisque deux hommes jouissant de leurs droits peuvent terminer entre eux leur différend par un écrit sous seing privé; ils ne doivent pas être moins libres, parce qu'ils sont devant le juge. *Add.* Supp., p. 41.

227. *Le juge de paix a-t-il le droit d'interroger et d'interpeller les parties qu comparaissent en bureau de paix?*

Il n'a pas ce droit, même dans les matières qui sont de sa compétence comme juge; à plus forte raison ne peut-il l'exercer en bureau de paix: il doit se borner à entendre les dires respectifs des parties. (*S.*, t. 7, 1re part., p. 59; DEMIAU, p. 53.)

Add.—Nous avons résolu cette question d'après un arrêt de la Cour de cassation du 2 mars 1807 (*J. P.*, 3e édit., t. 5, p. 714). Mais gardons-nous d'en tirer des conséquences exagérées, et de confondre les explications et les éclaircissements que doit provoquer le juge conciliateur avec les interpellations plus ou moins impératives d'un juge interrogateur. M. FAVARD, t. 1, p. 630, n° 8, a fait à ce sujet des observations pleines de justesse, que rapporte M. DALLOZ, t. 3, p. 708 à la note, et que nous avons aussi consignées dans notre *Traité des Justices de paix*, t. 4, p. 178, en y ajoutant qu'il importe surtout que le juge de paix engage les parties à lui représenter les avis des avocats qu'elles auraient pu consulter; il y puiserait sur les difficultés de l'affaire d'utiles observations qui pourraient les déterminer à éviter, par des sacrifices réciproques, les frais d'un procès douteux. **Carr.**

[[L'arrêt du 2 mars 1807 a été rendu dans une espèce où des considérations d'un ordre particulier devaient déterminer la décision. Mais on n'en devra jamais conclure qu'un juge de paix ne puisse, par des interpellations bien entendues, aider à la conciliation, dont la tentative serait le plus souvent inutile et sans but, si le juge qui y préside était tenu de se renfermer dans un silence passif.]]

228. *Le juge de paix doit-il insérer au procès-verbal les dires respectifs des parties, les interpellations qu'elles se seraient faites et leurs réponses?*

L'art. 3 du tit. 10 de la loi du 24 août 1790, portait que le juge de paix dresserait procès-verbal sommaire des dires, aveux ou dénégations des parties sur les points de fait; et comme cette disposition n'a pas été répétée dans l'art. 57, plusieurs jurisconsultes ont pensé que le procès-verbal ne devait contenir que la simple mention de la non-conciliation ou du refus de prêter serment. (*Bibl. du barr.*, 1810, 1re part., p. 224; THOMINE DESMAZURES, p. 62.)

M. TOULLIER, t. 8, p. 120, nous paraît avoir démontré *qu'il a été dans l'esprit du législateur* que l'on doit encore observer la loi de 1790 (1).

---

(1) Néanmoins, pour concilier le vœu de la loi, *s'il était vrai* que les dires, aveux ou dénégations des parties ne dussent pas être insérées dans le procès-verbal avec l'intérêt qu'aurait une partie à les faire consigner, nous avions pensé (*Analyse*, *Quest.* 131), que le juge de paix pouvait constater le réquisitoire qui lui en serait fait, mais qu'il ne devait insérer en son procès-verbal la chose qui en serait l'objet que du consentement de la partie adverse; qu'enfin, dans le cas contraire, il devait se borner à faire mention du refus.

Il a paru à M. Toullier que cette doctrine était inexacte; il se fonde, 1° sur ce que le Code de procédure n'a pu abroger la loi du 24 août 1790, qui est une loi de compétence: 2° sur ce que cette disposition et

[[M. FAVARD DE LANGLADE, t. 1, p. 630 et 631, n° 9, se prononce aussi pour l'observation de la loi du 24 août 1790.

Il nous paraît résulter clairement de la discussion de l'art. 54, au Conseil d'Etat (*V.* LOCRÉ, t. 21, p. 247 et suiv., n° 4), qu'il a été dans l'intention du législateur de supprimer, dans la rédaction du procès-verbal de non-conciliation, tout ce qui pourrait préjuger les droits des parties, et compromettre leur défense devant le tribunal. Ainsi les dires, aveux et dénégations de l'une ou de l'autre des parties doivent en être bannis, parce que leur contestation pourrait changer l'état du différend, fournir à l'une des parties des preuves contre l'autre, et que tel n'est pas le but de la comparution au bureau de paix; en effet, pour justifier la nécessité de ne pas faire dresser un procès-verbal, détailler des aveux, le président du Conseil d'Etat disait que cette formalité pouvait devenir un moyen de circonvenir les hommes simples et sans connaissances. Le Conseil adhéra à la modification proposée. Aussi, M. Carré est-il revenu sur sa première opinion, dans son *Traité des Justices de paix*, t. 4, p. 179 à 187, n°s 2988 à 2990; et a-t-il décidé que, hors le cas d'un consentement formel des parties, le juge de paix ne devait insérer, dans le procès-verbal de non-conciliation, que la mention sommaire de l'impossibilité où il a été de les concilier, sans avoir la faculté d'y détailler leurs dires, aveux et dénégations.

Cette opinion, dont la justesse est confirmée par la disposition de l'art. 10 du tarif, qui n'accorde au greffier rédacteur qu'un droit fixe au lieu d'un droit proportionnel, a été définitivement embrassée par la plupart des auteurs, au nombre desquels il faut citer MM. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 150; THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 138; BOITARD, t. 1, p. 149, et BONCENNE, t. 2, p. 39 et suiv.

Néanmoins, ce dernier auteur admet à son principe une importante modification, et telle, à notre avis, qu'elle le détruit de fond en comble. « Supposez, dit-il, qu'une reconnaissance formelle et précise soit faite par l'une des parties, par exemple : Le défendeur auquel on demande le paiement d'une somme, avoue qu'il la doit, et demande un délai pour payer. Le délai est refusé ; il n'y a point de conciliation. Ni la lettre ni l'esprit de la loi ne s'opposent à ce qu'on dise sommairement dans le procès-verbal ce qui s'est passé à ce que l'on constate la reconnaissance. »

---

celle du Code expriment équivalemment la même chose ; 3° sur la sagesse de la disposition de la loi de 1790, en ce qu'elle a pour but de recueillir et constater les aveux et dénégations qui peuvent échapper aux parties, dans les premiers moments où la contestation n'étant point engagée, on peut espérer et présumer que leur conscience n'est point endurcie ; aveux et dénégations, ajoute notre savant collègue, qui sont acquis à l'autre partie, et qui peuvent éclairer la justice, l'aider ou la guider dans la recherche et dans la découverte de la vérité. Il pose conséquemment en principe que le juge de paix peut, et doit même mentionner sommairement, dans son procès-verbal, les dires, aveux et dénégations qui peuvent servir, contre ceux qui les ont faits, ou de preuve, ou de commencement de preuve écrite, selon les circonstances. Cette opinion, à laquelle nous nous rangeons, est adoptée par l'auteur de l'*Essai sur les Tribunaux de paix*, p. 159 et 160. Mais nous ferons observer que plus le procès-verbal que dresse le juge de paix peut avoir d'influence sur le jugement du procès, plus ce magistrat doit être circonspect dans sa rédaction. Il doit surtout apporter une intention scrupuleuse à n'y constater que des aveux formels, des dénégations positives, sans se permettre d'en diviser l'ensemble, non plus que de les affaiblir ou de les interpréter en aucune manière. Il ne doit pas, en outre, oublier que sa rédaction doit être sommaire ; et s'il était requis par les parties d'insérer leurs dires en entier, il aurait à prendre la précaution de leur faire signer ce réquisitoire.

Mais parler ainsi, c'est rentrer tout-à-fait dans le système de M. Favard de Langlade, qu'on a d'abord combattu. Car, si l'on admet l'insertion d'une reconnaissance explicite et formelle, de quel droit refusera-t-on celle d'une reconnaissance tacite? On oublie qu'en cas de non-conciliation, le juge de paix n'est chargé ni de juger la cause, ni de constater les conventions des parties, que le différend doit arriver devant les juges au même et semblable état où il se trouvait avant l'infructueux essai. Au moyen de ce principe, bien tranché, on élaguera du procès-verbal tout ce qui ne sera pas l'expression d'une convention véritable intervenue entre les parties, et celles-ci ne seront pas exposées à voir leur adversaire se saisir d'un aveu, ou d'un mot qui en a l'apparence, échappé souvent malgré elles, à la vivacité de la discussion.

Par arrêt du 7 avril 1838 (*J. P.*, t. 1, de 1838, p, 601, et *J. Av.*, t. 56, p. 54), la Cour d'Orléans a sanctionné ces principes, et d'une manière si absolue qu'elle les a regardés comme étant d'ordre public, et ne pouvant céder même au consentement tacite ou formel des parties.

Nous croyons que c'est aller trop loin, et que, du moment qu'il y a consentement des parties à l'insertion de leurs aveux sur quelques points du litige, c'est une conciliation réelle qui intervient entre elles sur ces points, et qui peut, par conséquent, être constatée. Mais, sans doute, la Cour a voulu dire que les parties ne pouvaient autoriser le greffier à mentionner le détail de leurs défenses, dires et observations, et, pour nous servir de l'expression de M. Boncenne, de leurs bavardages. Sous ce rapport, la décision est juste, et conforme à l'opinion de M. THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 138.

Faisons toutefois observer que, parmi les dires des parties, il en est qui doivent rester même au procès-verbal de non-conciliation, pour fixer l'état du litige, et pour conserver entiers les droits des parties. Par exemple, les demandes additionnelles du demandeur, ou reconventionnelles du défendeur, les contestations qu'elles auraient pu élever sur la régularité de la procuration (Voir la *Question* 222), sur la compétence du juge; Voir la *Quest.* 219 *quater*). *V.* aussi la *Quest.* suivante.]] **Supp. alph.**, v° *Concil.*, n. 104 et s.

229. *Quelle sera la force des aveux consignes au procès-verbal, sur le réquisitoire des parties?*

Pour résoudre cette question, il n'est pas besoin de recourir à la distinction de l'aveu judiciaire et extraordinaire; il suffit de considérer que l'aveu écrit forme, comme le dit Pothier dans son *Traité des Obligations*, et comme le suppose l'art. 1355 du Code civil, une preuve entière contre celui dont il émane, pour qu'on reconnaisse que l'aveu consigné dans le procès-verbal du juge de paix peut être opposé à la partie qui l'a fait (*V.* MALLEVILLE, t. 3, p. 173 et suivantes). Mais pour cela, il est nécessaire que l'aveu soit souscrit, soit par la partie, soit par un porteur de procuration spéciale, ou au moins qu'il soit fait mention que l'une ou l'autre ne sait ou n'a pu signer. C'est ce qui était autrefois exigé en général pour une reconnaissance faite en jugement, et ce qui doit être observé, à plus forte raison, en bureau de paix, ou l'aveu ne pourrait, dans notre opinion, être consideré comme aveu judiciaire. (*V.* les *Princ. du Droit franç.*, de DUPARC-POULLAIN, t. 9, p. 277 et 425).

Cependant la Cour de Turin, par arrêt du 6 décembre 1808 (*J. Av.*, t. 7, p. 237), et celle d'Aix, par arrêt du 22 juin 1809 (*Jurisp. du Cod. civ.*, t. 13, p. 436, et t. 14., p. 217), décident que l'aveu fait en bureau de paix était *judiciaire*, et ont conséquemment appliqué l'article 1356 du Code civil, portant qu'un tel aveu fait pleine foi contre celui qui l'a fait, et ne peut

être révoqué, à moins que l'on ne prouve qu'il a été la suite d'une erreur de fait.

Nous n'en persistons pas moins dans l'opinion que nous avons précédemment émise, parce que l'essai de conciliation n'est point un acte d'instance. (V. PIGEAU et BERRIAT SAINT-PRIX, p. 190, note 24, n° 2, et p. 186, note 2.) Il faut donc, pour que l'aveu fait en bureau de paix puisse être opposé à la partie, qu'il soit signé d'elle, ou que mention soit faite qu'elle n'a pu signer.

[[Si les aveux surpris à une partie qui ne se concilie point, ont été consignés sans son consentement, dans le procès-verbal qui constate son refus, nous pensons avec M. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 150, qu'ils ne peuvent faire foi contre elle, parce que le juge n'a point qualité, dans ce cas, pour les retenir ni les écrire, par suite de ce que nous avons dit sur la question précédente.

Nous n'approuvons donc pas un arrêt de la Cour de cassation du 11 fev. 1824 (*J. Av.*, t. 28, p. 19), qui a jugé qu'un juge de paix a un caractère légal pour constater un compromis dans un procès-verbal de non-conciliation, et que les parties ne peuvent s'en plaindre sous prétexte qu'elles ne l'ont pas signé (1).

Mais on remarquera que la signature d'une partie au procès-verbal qui constate les aveux, est une preuve qu'elle a consenti à leur insertion. Aussi la Cour de Trèves, le 19 janvier 1807 (*J. Av.*, t. 7, p. 220), et la Cour de cassation, le 9 février 1808 (*ibid.*), et le 7 mars 1831 (DALLOZ, 1831, 1re part., p. 92), ont-elles jugé que le procès-verbal pouvait, en ce cas, servir de commencement de preuve par écrit. Nous irions plus loin, et nous lui accorderions toute l'authenticité d'un procès-verbal de conciliation, car il en a les caractères, relativement aux points qu'il constate.

Et, sous ce rapport, nous ne pouvons qu'approuver avec M. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 150, l'arrêt de la Cour de Turin, sans néanmoins admettre qu'il y eût, dans l'espèce, aveu judiciaire, mais du moins il y aurait aveu, convention, conciliation, authentiquement constatés.]] **Supp. alph.**, n. 108 et 109.

230. *Lorsque les conditions de l'arrangement dont les parties conviennent au bureau de paix sont telles qu'elles constituent des ventes, des baux à ferme et à loyer, des partages et autres actes qui peuvent être faits sous seing privé, ou par le ministère des notaires, les conventions sont-elles valablement constatées par le juge de paix, de manière à produire tous les effets d'un acte sous seing privé, ou dressé par un notaire?*

La solution de cette importante question dépend du sens qu'il convient d'attribuer aux dispositions de l'art. 54, d'après lequel le procès-verbal de conciliation doit *contenir les conditions de l'arrangement*, s'il y en a, *et les conventions faites à cet égard pour avoir force d'obligations privées.*

Or, un acte de vente, un partage, un bail à ferme sous seing privé, sont valables, lorsque les parties sont majeures, ou ont droit de faire en privé nom, ou comme administrateurs d'autrui, des actes de cette espèce.

On doit donc admettre que, si les conditions de l'arrangement convenu entre les parties consistent dans une vente, dans un louage, dans un partage, le juge de paix doit les insérer dans son procès-verbal, et que son procès-verbal tient lieu, sous ce rapport, d'un acte sous seing privé.

[(1) Dans l'espèce, les parties avaient commencé à exécuter le compromis, et cette circonstance ayant été prise en considération par la Cour, on peut dire que son arrêt ne touche pas à notre principe.]

Tel est le raisonnement d'après lequel des juges de paix se sont crus autorisés à insérer dans leurs procès-verbaux des conventions qui présentent des contrats de vente et de louage, des actes de partage; en un mot, tous les actes qui peuvent être faits sous signatures privées, et qui ne sont pas spécialement et exclusivement placés dans les attributions des notaires.

Il faut convenir que l'art. 54 est conçu de manière à faire penser que la compétence des juges de paix peut s'étendre jusque-là. Si, en effet, les conventions des parties insérées au bureau de paix ont force d'obligation privée, tout acte qui peut être fait sous seing privé peut être dressé dans le procès-verbal de conciliation (1).

[[Voir nos observations sur la question suivante.]]

231. *Les conventions insérées au procès-verbal de conciliation n'ayant que* FORCE D'OBLIGATIONS PRIVÉES, *s'ensuit-il que ce procès-verbal ne puisse, sous aucun rapport, être considéré comme acte authentique?*

« On n'aurait pu, dit le conseiller d'État Treilhard, dans l'exposé des motifs « de la loi, édition de Firmin Didot, p. 23, attribuer aux conventions des « parties le caractère d'un acte public, sans porter une atteinte grave aux « fonctions des notaires établis pour donner l'*authenticité* aux actes. »

De là, disent les auteurs du *Prat.*, t. 1, p. 271, aux notes, on demandera s'il faut s'inscrire en faux, ou simplement dénier la signature des parties qui

---

(1) On a cependant induit le contraire d'une note de M. BERRIAT SAINT-PRIX, p. 190, not. 25, dans laquelle il s'exprime ainsi : « Quoique le juge de paix qui préside en bureau de paix y soit un officier public, il n'y a pas caractère pour recevoir des *actes volontaires*, ainsi que le remarque M. Merlin (V. *Nouv. Répert.*, t. 5, p. 847, et un arrêt de cassat. du 22 décembre 1806), et que le donnent à entendre MM. Treilhard et Faure, qui déclarent l'un et l'autre que lorsque la conciliation est opérée, et qu'on passe aux conditions de l'arrangement, la compétence et la juridiction de ce magistrat cessent. »

Il est à remarquer, 1° que M. Merlin se borne à dire que le procès-verbal du juge de paix ne peut produire hypothèque, parce qu'il ne peut avoir d'autre effet qu'un acte sous seing privé; 2° que MM. Treilhard et Faure se bornent également à dire, savoir :

Le premier, « qu'on aurait pu attribuer « aux conventions des parties le caractère « d'un acte public, sans porter une atteinte « grave aux fonctions de notaires, établis « pour donner l'authenticité aux actes. »

Le second, « que le procès-verbal ne « peut avoir ni le caractère d'un jugement « ni celui d'un acte notarié. »

Mais tous les deux disent, de la manière la plus formelle, que les conventions insérées en ce procès-verbal ont toute la force d'obligations privées. M. Treilhard s'en explique particulièrement en ces termes : « On a pensé que ces conventions devaient avoir « force d'obligation privée : on ne pourrait « pas évidemment leur refuser cet effet, « puisque deux hommes jouissant de leurs « droits, pouvant terminer entre eux leurs « différends par un écrit privé, ne doivent « pas être moins libres, parce qu'ils sont « devant le juge. »

Il résulte de là que bien loin de contester au juge de paix, comme M. Berriat Saint-Prix semble le faire, compétence pour insérer des conventions de vente, de louage, de partage, avec les conditions qu'elles comportent, les orateurs du gouvernement et du Tribunat le reconnaissent d'une manière assez positive.

Quoi qu'il en soit, il faut convenir que cette latitude donnée aux juges de paix, comme conciliateurs, peut apporter le plus grand préjudice aux notaires, qui, à raison de leur cautionnement, méritent toute la faveur de la loi. D'un autre côté se présente cet inconvénient majeur, que les parties peuvent être induites en erreur, en pensant que leurs conventions étant contenues dans un acte rédigé par un magistrat, auraient le privilége de l'exécution parée, ou tous autres avantages d'un acte authentique; ce qui n'est pas, ainsi qu'il est dit sur la question suivante. Mais, en attendant que la loi remédie à ces inconvénients, nous croyons les conventions valables.

[M. Merlin, aux additions du *Répert.*, v° *Bureau de conciliation*, n° 5, réfute le système de M. Berriat Saint-Prix.]

se sont conciliées? Ces auteurs répondent que les conventions n'ayant que force d'*obligations privées*, on peut en contester la sincérité sans s'inscrire en faux; mais qu'il en serait autrement du procès-verbal lui-même, puisqu'il n'y a que la transaction qui soit considérée comme acte privé.

La plupart de ceux qui ont écrit sur le Code rejettent cette distinction entre le procès-verbal et la transaction qu'il contient, et les considèrent comme ne formant qu'un seul et même acte, qu'ils regardent comme *authentique*, conformément à l'art. 1317 du Code civil, et qui ne diffère des autres actes de même nature, qu'en ce sens qu'il n'a pas le privilége de l'exécution parée, puisqu'il ne porte pas le même intitulé que ces actes, n'est pas terminé par un mandement aux officiers de justice (*C. de P.*, art. 545), et ne peut conférer hypothèque (*V.* PIGEAU, t. 1, p. 43; LEVASSEUR, p. 115 et suiv., et la *Biblioth. du Barr.*, 1810, 1re part., p. 245); puisque, d'après les art. 2123 et 2127 du Code civil, l'hypothèque ne peut résulter que des *jugements*, ou des reconnaissances ou vérifications faites en jugement, ou d'un acte passé devant notaire. (V. *Essai sur les tribunaux de paix*, p. 162) (1).

Il suivrait de là, et telle est notre opinion, 1° que la cause qui empêche une partie de signer est valablement constatée par le juge de paix, et supplée à la signature sans *laquelle les conventions seraient nulles*. (*V.* LEVASSEUR, p. 114, n° 217, et la *Biblioth. du barr.*, *ubi suprà*);

2° Qu'il ne doit être rédigé qu'un seul original, quoiqu'il y ait plusieurs parties;

3° Que l'exécution de l'acte peut être demandée sans reconnaissance préalable des signatures qui y sont apposées.

[[Pour se rendre un compte exact des derniers mots de l'art. 54, il suffit de distinguer entre la *force* des actes, et la *foi* qui leur est due.

Puisque l'art. 54 n'accorde aux conventions constatées par le juge de paix que la *force* d'obligations privées, il s'ensuit qu'il refuse la *force* des actes authentiques; mais on ne peut en conclure qu'il leur refuse également la *foi* due à ces actes.

En d'autres termes, le procès-verbal de conciliation fera *foi* de ce qu'il constate jusqu'à inscription de faux, parce qu'il a été rédigé par un officier public, auquel la loi a attribué compétence pour cet objet, et c'est ce qu'a jugé la Cour de Bordeaux, le 11 janvier 1837 (*J. Av.*, t. 52, p. 238).

Mais n'ayant pas la *force* des actes authentiques ordinaires, il n'emportera point l'exécution parée, et ne pourra conférer hypothèque; Rennes, 12 août 1814 (*J. Av.*, t. 7, p. 270).

---

(1) Notre savant confrère M. Berriat estime que le procès-verbal dont il s'agit ne peut être considéré comme *authentique*, attendu qu'il ne suffit pas, pour l'authenticité d'un acte, qu'il soit reçu par un officier public; qu'il faut encore que cet officier soit compétent, et ait capacité pour recevoir cet acte. Or, on a vu, sur la *Quest.* 230, que, d'après MM. Merlin et Pigeau, M. Berriat pense que le juge de paix n'a pas caractère pour recevoir des actes *volontaires*. Sans doute, le juge de paix ne peut recevoir des actes volontaires, mais c'est en ce sens que la volonté serait indépendante de toute contestation, que ces actes auraient pour objet de prévenir par la conciliation. Dans le cas contraire, le juge de paix est compétent, d'après l'art. 54. L'espèce de contradiction que l'on pourrait croire trouver, en ce que nous attribuons l'authenticité au procès-verbal, sans lui en assigner tous les effets, nous semble disparaître, si, distinguant, avec M. TOULLIER, t. 8, p. 471, *l'acte* des *conventions* qu'il renferme, on considère que l'acte émanant d'un officier public est nécessairement *authentique*, mais que le législateur, par une faveur spéciale pour les notaires, motivée sur le cautionnement qu'ils fournissent, a pu, comme il l'a fait, refuser à ces conventions les avantages de l'acte notarié.

[*V.* encore, pour la réfutation du système de M. Berriat Saint-Prix, M. Merlin, *Rép.*, Add., v° *Bureau de conciliation*, n° 5.]

Cette distinction est aujourd'hui universellement admise, et notamment par MM. MERLIN, *Rép.*, Add., v° *Bureau de conciliation*, n° 5; PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 151; FAVARD DE LANGLADE, t. 1, p. 631, n° 10; THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 139; DALLOZ, t. 3, p. 709, n° 23; BONCENNE, t. 2, p. 44, et BOITARD, t. 1, p. 151 et suiv.

Le même principe a été consacré par deux arrêts de la Cour de Grenoble des 15 thermidor an XIII et 5 mars 1810 (*J. Av.*, t. 7, p. 213). Quoique ces deux arrêts aient décidé en divers sens la question de savoir si une reconnaissance d'enfant naturel peut avoir lieu dans un procès-verbal de non-conciliation, ils reconnaissent, l'un et l'autre, que ce procès-verbal est un acte authentique, et la différence de leurs décisions tient à d'autres circonstances.

Le procès-verbal doit, au reste, comme tout acte authentique, être signé des parties, ou contenir mention de leur impuissance de le faire. C'est ce qu'enseignent tous les auteurs déjà cités, et ce qu'a jugé la Cour de Bourges, par un arrêt rapporté au *Courrier des Tribunaux* du 25 mai 1827. Il est utile de remarquer ici que le procès-verbal de *conciliation* est valable, quoiqu'une partie ait déclaré ne savoir signer, tandis qu'en cas de non-conciliation un prétendu aveu non signé devrait être considéré comme non avenu, ainsi que nous l'avons dit *suprà*, *Quest.* 228 et 229.

La raison de cette différence, c'est que la loi investit le juge de paix comme officier public du droit de *dresser les conditions de l'arrangement*, et ne lui permet, dans le cas de non-conciliation, que de déclarer que les *parties n'ont pu s'accorder*.

C'est ainsi qu'un exploit fait foi jusqu'à inscription de faux des diverses parties inhérentes à l'existence même de l'acte, tandis qu'une reconnaissance de dette consignée par l'huissier sur son original et non signée par l'assigné n'aura ni force ni valeur.]] **Supp. alph.**, v° *Concil.*, n. 111 et 112.

232. *La partie au profit de laquelle les conventions insérées dans le procès-verbal auraient été consenties, serait-elle recevable à demander en justice qu'il en fût dressé acte pardevant notaires, avec assignation d'hypothèque?*

M. LEPAGE se prononce pour l'affirmative dans son nouveau *Style*, p. 52, 4e édit.; mais cette opinion nous paraît victorieusement combattue par M. LEVASSEUR, t. 1, p. 118.

« Nous pensons, dit-il, qu'une pareille demande ne peut être formée qu'au-
« tant que la convention en contiendrait la clause expresse. Hors ce cas, pa-
« reille demande est une vexation qui doit être écartée; elle ne peut produire
« au requérant le bénéfice de l'hypothèque, pour laquelle il faut une stipula-
« tion expresse dans l'acte notarié (Cass., 22 décembre 1806, *S.*, t. 7, p. 109):
« elle aurait pour but de donner à la convention la force exécutoire. Mais de
« quel droit une partie peut-elle requérir qu'on donne la force exécutoire à
« un acte qui, de sa nature, ne doit pas en être revêtu? De quel droit vent-
« elle inquiéter son adversaire, tant que celui-ci n'a fait rien de contraire à la
« convention arrêtée. »

On convient que, d'après cette opinion, le procès-verbal a moins d'effet que n'en aurait un acte notarié; mais la loi le veut ainsi, et la partie qui s'est contentée de ce simple procès-verbal ne pouvait l'ignorer: elle doit s'imputer la faute de n'avoir pas exigé davantage. (V. *Biblioth. du Barr.*, 1810, 1re part. p. 244.)

Nous concluons de ces observations, que l'on ne peut faire procéder à l'exécution forcée des conventions arrêtées en bureau de paix, ou obtenir hypothèque pour la sûreté des droits qui en résultent, qu'en vertu d'un jugement

rendu contre la partie qui résiste à les exécuter volontairement. (LOCRÉ t. 21, p. 252, nº 9.)

[[Cette décision, conséquence nécessaire de ce que nous avons dit sur la question précédente, est aussi approuvée par MM. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 151; FAVARD DE LANGLADE, t. 1, p. 631, nº 10, et BONCENNE, t. 1, p. 146. Tous ces auteurs enseignent, avec raison, que, pour obtenir l'exécution des conventions passées devant le bureau de paix, il faut une demande en justice et une condamnation.]]

233. *Est-il nécessaire de citer de nouveau en conciliation la partie contre laquelle on se propose de former une demande en justice, en vertu des conventions arrêtées en bureau de paix?*

On oppose la disposition générale de l'art. 48; et de ce que l'acte qui contient les conventions dont il s'agit n'est considéré, quant aux effets de ces conventions, que comme tout autre acte privé qui donnerait lieu à une action, on tire la conséquence que l'on doit encore essayer la conciliation. On se fonde sur la possibilité d'un nouvel arrangement, par lequel le demandeur obtiendrait tous les avantages qu'il retirerait d'un jugement, en ce que le débiteur pourrait s'engager à passer acte devant notaires, avec stipulation d'hypothèque.

Mais on répond qu'il y a eu déjà tentative de conciliation sur l'objet de la demande au sujet de laquelle les conventions ont été arrêtées; que la résistance à les exécuter replace le demandeur dans l'état où il se fût trouvé si la conciliation n'avait pas eu lieu; qu'il n'est pas à présumer, d'ailleurs, que l'on obtiendra satisfaction de celui qui refuse d'exécuter une transaction qu'il a souscrite, et que conséquemment le demandeur ne peut être assujetti à une nouvelle tentative de conciliation. Telle est aussi l'opinion de M. DELAPORTE, t. 1, p. 52 (1).

[[Nous adoptons cet avis, qui est également partagé par MM. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 151; FAVARD DE LANGLADE, t. 1, p. 625, et DELAPORTE t. 1, p. 52.]]

Supp. alph., vº *Concil.*, n. 60 et 61.

234. *La partie qui a volontairement comparu en conciliation devant un juge de paix qui n'est pas celui de son domicile, peut-elle ensuite, devant le tribunal, demander, pour cause d'incompétence, l'annulation du procès-verbal dressé par ce juge?*

Sous l'empire des lois intermédiaires, cette question a été jugée pour la négative par arrêt de la Cour de Turin du 29 ventôse an XII (*S.*, 1804, 2e part., p. 616, et *J. Av.*, t. 7, p. 209); mais elle peut, comme le remarque M. Coffinières, se reproduire encore aujourd'hui, et sa solution serait la même, les motifs de décision pouvant être pris dans l'art. 7 du Code de procédure, qui répète presque littéralement les dispositions de l'art. 11 de la loi du 26 octobre 1790.

En effet, il est conforme à l'esprit de la loi de considérer la disposition de l'art. 7 comme applicable à la comparution volontaire, pour objet de concilia-

---

(1) M. Sirey, dans une dissertation insérée au t. 2 de son *Recueil*, p. 275, a émis le vœu que le président du tribunal civil fût autorisé à rendre exécutoires, comme les décisions arbitrales, ces transactions volontaires, qui peuvent être la suite de l'essai de conciliation. Mais, en attendant une loi à ce sujet, on devra se conformer à ce que nous venons de dire, en conformité d'une jurisprudence certaine et fondée sur l'état actuel de la législation.

tion, par-devant un juge de paix qui, d'ailleurs, ne serait pas compétent.

Proroger la juridiction pour juger, c'est en effet plus faire encore que de s'adresser à un juge de paix, à fin de conciliation.

Ainsi, de même que l'on ne peut se pourvoir pour incompétence contre la décision d'un juge dont on proroge la juridiction, de même, et à plus forte raison, l'essai de conciliation doit-il être considéré comme rempli, lorsque les parties se sont volontairement présentées devant un juge incompetent.

C'est aussi ce que la Cour de Rennes a décidé, par arrêt de la 2e chambre du 9 février 1813 (*J. Av.*, t. 7, p. 261).

[[Cette décision nous paraît juste, ainsi qu'à MM. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p 146, et BONCENNE, t. 2, p. 32 *V.*, au surplus, *Q.* 219 *quater.*]] **Supp. alph.**, n. 78 et 79.

Supp. alph., n. 80. *Après un essai de conciliation, si le demandeur n'agit pas, le défendeur peut-il, sans préliminaire, assigner le demandeur?*

ART. 55. Si l'une des parties défère le serment à l'autre, le juge de paix le recevra ou fera mention du refus de le prêter.

[Notre Comm. du Tarif, t. 1, p. 44, n° 13.] — Loi du 27 mars 1791, art. 25. — Code civ., art. 1357, 1358, 1361 et suiv. — [Notre Dictionnaire général de Procédure, v^is *Conciliation*, n°s 98, 99; *Serment*, n° 70. — Arm. Dalloz, v° *Conciliation*, n°s 110 à 115. — Carré, *Justice de paix*, t. 4, p 193 à 196, n°s 3003 à 3008. — QUESTIONS TRAITÉES: Le juge de paix peut-il déférer le serment d'office? *Q.* 235. — Par qui et à qui le serment peut-il être déféré? *Q.* 236. — La partie à qui le serment est déféré peut-elle le référer à l'autre? *Q* 237. — Si ce serment est déféré à une partie qui comparaît par un fondé de pouvoir, le juge de paix peut-il ordonner qu'elle comparaîtra personnellement pour prêter ou refuser de prêter ce serment? *Q.* 238. — Quels sont les effets du serment déféré en bureau de paix? *Q.* 239.]

XLVI. Cette disposition, conforme à celle de l'art. 25 de la loi du 27 mars 1791, est fondée sur la présomption que la contestation se terminera par la prestation du serment déféré, et que les parties transigeront en conséquence.

235. *Le juge de paix peut-il déférer le serment d'office?*

La négative résulte clairement de la réponse à la 227e *Question*. D'ailleurs, l'art. 55 n'exige la mention du refus ou de la prestation du serment que dans le cas où l'une des parties le défère à l'autre; ce qui annonce suffisamment que le juge ne peut le déférer lui-même: et d'ailleurs, déférer le serment, c'est, tout au moins, prononcer un interlocutoire. Or, le juge de paix, qui n'est compétent que pour la conciliation, ne peut rien ordonner qui se rattache au fond.

[[Il n'a que le droit de constater les conventions des parties; mais ce serait juger la cause que d'imposer le serment à l'une d'elles, aussi l'opinion de M. Carré est admise sans difficulté par MM. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 152; FAVARD DE LANGLADE, t. 1, p. 631, n° 12; THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 140, et DALLOZ, t. 3, p. 709, n° 22.]]

236. *Par qui et à qui le serment peut-il être déféré?*

La délation du serment étant une espèce d'aliénation, elle ne peut être faite que par ou à une personne ayant la disposition de la chose ou du droit qui en est l'objet: d'où suit qu'un mandataire ne peut ni déférer le serment, ni le prêter pour son mandant, sans un pouvoir spécial; qu'il en est de même d'un tuteur, à moins qu'il ne s'agisse d'un fait personnel, et dont il doit avoir connaissance. (*V.* sur cette question, *Droit civil*, par M. TOULLIER, t. 10, p. 513 et suiv., n°s 374—379.)

[[Ceci est sans contestation.]]

237. *La partie à qui le serment est déféré peut-elle le référer à l'autre?*

Nous ne croyons pas que l'on puisse élever le moindre doute sur cette ques-

tion, encore bien que la Cour de cassation ait décidé que les dispositions du Code civil ne sont pas applicables au serment déféré au bureau de paix. En effet, il n'est pas besoin, pour la décider affirmativement, de recourir à l'analogie que présentent les art. 1361 et suiv. de ce Code; il suffit de considérer que celui qui défère le serment est demandeur en son exception; qu'en cette qualité, il lui incombe de faire preuve. Or, lui référer le serment, ce n'est qu'exiger de lui une preuve qu'il ne peut s'empêcher de fournir, et dont il ne serait pas juste qu'il pût se dispenser, en prévenant son adversaire par le serment qu'il lui déférerait lui-même.

[[C'est aussi, et avec raison, l'avis de MM. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 152, et FAVARD DE LANGLADE, t. 1, p. 631, n° 12.]]

238. *Si le serment est défére ou référé à une partie qui comparait par un fondé de pouvoir, le juge de paix peut-il ordonner qu'elle comparaîtra personnellement pour prêter ou refuser de prêter serment?*

M. Lepage, dans ses *Questions*, p. 98, dit, pour l'affirmative, que le juge de paix étant chargé par l'article 55 de recevoir le serment, il a par conséquent l'autorité nécessaire pour ordonner ce qui convient en pareil cas; que, s'il en était autrement, l'intention de la loi ne pourrait jamais être remplie, lorsque la partie à qui le serment est déféré ne serait pas présente en personne (1).

M. Dumoulin (*Bibl. du Barr.*, 1810, 1re part., p. 246), dit aussi que le juge de paix peut ordonner la comparution personnelle de la partie; mais, ajoute-t-il, comme elle n'est point tenue de se concilier, elle peut ne pas se rendre à l'ordonnance; alors le juge de paix doit seulement constater *la non-comparution*.

Sans distinguer le cas où il s'agit d'un serment déféré à une partie qui comparaît par un procureur fondé, M. DEMIAU, p. 51, considère comme un abus de pouvoir de la part du juge de paix l'ordonnance par laquelle il prescrirait la comparution personnelle. Quand les juges de paix, reprend-il, remplissent la fonction de conciliateurs, ils ne sont pas juges, mais seulement médiateurs; ils ne peuvent rien ordonner comme juges.

Mais ce n'est pas comme juge; c'est en qualité de commissaire que le juge de paix, dit M. Lepage, ordonnerait la comparution. Nous répondrons, comme nous l'avons fait sur la 227e *Quest.*, que le ministère de ce juge est purement passif; qu'il doit se borner à entendre les parties, et ne peut rien leur ordonner sans commettre un excès de pouvoir.

Si donc le procurateur répond ou que son commettant n'entend pas jurer, ou prend sur lui de dire qu'il ne le fera point, ou enfin qu'il ignore quelles sont ses intentions, le juge doit mentionner cette réponse: là se borne son ministère, et nous ne croyons pas même qu'il puisse ordonner d'office un renvoi. La seule chose qui lui serait permise, ce serait de constater que le procurateur fût convenu, avec la partie adverse, d'un jour auquel son commettant comparaîtrait, s'il le jugeait convenable.

---

(1) « En vain dirait-on, ajoute l'auteur, « que le serment pourrait être demandé devant le tribunal; il est quelquefois très « urgent de ne pas différer cette formalité, « qui, au reste n'est, en bureau de paix, « qu'une préparation pour l'instruction de « la cause. Recevoir le serment n'est pas un « acte du juge, mais de simple commissaire. « En cette qualité, le juge de paix peut ordonner tout ce qui sera convenable pour « que le serment soit prêté. »

[[Cette doctrine, à laquelle nous adhérons est aussi enseignée par MM. FAVARD DE LANGLADE, t. 1, p. 631, n° 12, et BONCENNE, t. 2, p. 43.]]

239. *Quels sont les effets du serment déféré en bureau de paix?*

M. DELAPORTE, t. 1, p. 52, s'exprime ainsi sur cette question:

« La comparution devant le juge de paix n'est qu'une opération préparatoire : le serment déféré et prêté, ou refusé, ne paraît pas pouvoir être d'une « autre nature. La loi elle-même a cet esprit, puisqu'elle n'autorise pas le « juge de paix à condamner ou à absoudre sur-le-champ: donc ce qui s'est « passé devant le juge de paix n'enchaîne point la conscience du tribunal. Si « la partie qui a prêté le serment au bureau de paix ne l'invoque point, et que « l'autre ne le défère plus, l'affaire doit s'instruire et se juger à l'ordinaire; si « la prestation du serment est invoquée, la partie qui l'a déférée au bureau « de paix peut revenir sur ses pas et refuser de la déférer devant le tribunal, « parce que, tant que le serment n'est pas irrévocable, elle peut varier. Il faut « décider de même dans le cas où, sur la délation du serment, la partie l'a « refusé : ce refus n'emporte point condamnation, si l'adversaire ne le défère « pas de nouveau. »

M. Pigeau semble admettre, au contraire, que la délation du serment en bureau de paix a tous les effets que les dispositions du Code civil attachent à la prestation ou au refus du serment *litis décisoire*. En effet, après avoir rapporté les termes de l'article 55 du Code de procédure, il ajoute, p. 44: *Quant aux effets du serment* litis décisoire, QUI SONT DÉTERMINÉS PAR LE CODE CIVIL, ART. 1358 ET SUIVANTS, *ils ne pourront être prononcés par le juge de paix, parce qu'ici il fait l'office de conciliateur et non celui de juge.*

Nous pensons, comme M. Delaporte, mais par d'autres motifs que celui qui sert de base à son opinion, que le refus de prêter un serment déféré en bureau de paix n'établit point, en faveur de la partie qui a déféré ce serment une fin de non-recevoir contre la demande ou la défense de celui qui l'a refusé; mais nous croyons, contre l'opinion de cet auteur, et conformément à celle que M. Pigeau paraît avoir adoptée, que la prestation du serment forme entre parties une convention dont le tribunal civil est tenu de prononcer les effets.

Déjà la Cour de cassation, par arrêt du 17 juillet 1810 (*S.*, t. 10, 1re part., p. 327, et *J. Av.*, t. 7, p. 252, a décidé que la disposition de l'art. 1361 du Code civil n'était pas applicable au refus de serment déféré en bureau de paix, *parce qu'un tel refus n'était seulement qu'un refus de se concilier* (1).

[[Le même principe a été encore consacré par la Cour de Pau, le 11 mars 1824 (*J. Av.*, t. 28, p. 182).]]

D'après cette décision, on doit tenir pour certain désormais que celui qui, en bureau de paix, a déféré le serment sur l'objet de la contestation, peut le rétracter devant le tribunal civil, de même qu'il ne peut se prévaloir du refus de sa partie adverse, pour obtenir contre elle des condamnations qu'entraînerait un semblable refus, s'il avait été fait devant le juge compétent pour prononcer sur le différend. En effet, qu'est-ce que la partie qui défère et celle qui refuse le serment au bureau de paix sont censées s'être dit l'une et l'autre? Rien autre chose, sans doute, si ce n'est qu'elles se réservent toutes deux leurs droits respectifs; que si le serment n'est pas prêté, il y aura inutile essai de conciliation, et qu'elles plaideront devant le tribunal compé-

---

(1) Voy. *Droit civ.*, par M. Toullier, t. 10, p. 502, n° 363.

tent. Ici, aucune convention n'est arrêtée entre elles; il n'y a pas lieu à l'application de l'art. 54 du Code de procédure, et conséquemment les choses sont entières devant le tribunal civil; en un mot, il n'y a qu'un refus de se concilier, comme l'a décidé la Cour de cassation; et ce n'est qu'en ce refus que le juge de paix constate en mentionnant, ainsi que le prescrit l'art. 55, le refus de prêter serment.....

Mais il n'en est pas ainsi quand le serment a été *prêté* : celui qui l'a déféré, s'il est défendeur, ne peut, suivant nous, regarder ce serment comme non avenu, si son intérêt l'exige; et réciproquement, le demandeur ne peut, à son tour, renouveler devant le tribunal une demande qu'il aurait affirmé n'être pas fondée. Pour prouver cette proposition, il suffit de remarquer que celui qui défère offre de s'en tenir au serment de l'adversaire; que la partie qui prête le serment accepte l'offre; qu'une convention s'établit; qu'elle est exécutée par la prestation du serment; que le serment est reçu par le juge, qui ne se borne pas à rapporter procès-verbal de la convention des parties, mais qui atteste, en vertu d'une mission légale (art. 55), l'exécution de cette convention. Et comment alors, si les conventions légalement formées tiennent lieu de loi aux parties (Code civil, art. 1134); si l'aveu donné par écrit fait foi; si le serment tient lieu de transaction et de chose jugée (art. 1350 et 1356); si la fausseté d'un serment ne peut être prouvée, soutenir qu'une action éteinte par un serment puisse être formée, sans que l'exception péremptoire, résultant du serment, écarte cette action?

Comment admettre que la loi, en accordant à une partie la faculté de déférer le serment, ait entendu lui conférer l'étrange privilége de rétracter cette délation, et, par là, d'accuser impunément de parjure celui auquel elle venait de donner une preuve de confiance, en l'établissant juge dans sa propre cause? (V. *Rapp. du trib. Jaubert*, édit. de Didot, p. 304.) (1).

[[Il n'y a plus de dissidence parmi les auteurs sur la double solution contenue sous ce numéro. Sont unanimes MM. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 152; FAVARD DE LANGLADE, t. 1, p. 631, n° 12; THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 140; BONCENNE, t. 2, p. 44, et BOITARD, t. 1, p. 158 et suiv.

M. Favard de Langlade fait observer, et c'est une conséquence de la solution donnée sous les *Quest.* 231 et 232, que les effets du serment une fois prêté ne seront néanmoins exécutoires qu'après avoir été prononcés par la justice.]] **Supp. alph.**, v° *Concil.*, n. 103.

ART. 56. Celle des parties qui ne comparaîtra pas, sera condamnée

---

(1) Il est vrai que dans les considérants de l'arrêt de la Cour de cassation du 27 juillet, on lit : « L'art. 1361 du Code civil ne peut « s'entendre que du serment décisoire, ju- « diciairement déféré ou référé par-devant « le juge qui doit prononcer sur le différend « des parties, et que ce n'est que dans ce « cas seulement où celui qui refuse de prêter « le serment décisoire doit, suivant l'ex- « pression de la loi, succomber dans sa de- « mande ou dans son exception. »

Mais on ne saurait conclure de là que la prestation du serment ne doive pas produire les effets que nous y attachons, parce que ces effets seraient ceux-là même qu'opérerait le serment judiciaire, conformément aux art. 1363 et 1364 du Code civil; articles que, par induction, l'on considérerait comme *inapplicables* au serment déféré en bureau de paix, ainsi que l'est l'art. 1361. La réponse à cette objection se trouve dans les motifs ci-dessus exposés. On a vu que sans nous attacher à l'application des articles 1363 et 1364, nous nous sommes déterminé par une considération qui en est indépendante, c'est-à-dire par le fait d'*une convention formée et exécutée en bureau de paix*, et qui, conformément à l'art. 54 du Code de procédure, a toute la force d'une obligation privée

à une amende de 10 fr. ; et toute audience lui sera refusée, jusqu'à ce qu'elle ait justifié de la quittance.

[Notre Comm. du Tarif, t. 1, p. 44, nos 14 à 16.]—Loi du 27 mars 1791, art. 22. — Loi du 26 ventôse an IV, art. 8, 9.—Code de proc., art. 58. — [Notre Dict. gén. de Proc., vis *Amende*, nos 1 et 2; *Conciliation*, nos 100 à 106, 138 à 144.—Devilleneuve, vo *Conciliation*, nos 40 à 45.—Armand Dalloz *eod*, nos 127 à 141. — Carré, *Comp.*, 2e part., liv. Ier, tit 2, art. 89, *Q.* 114, éd. in-8°, t. 2, p 219. — Carré, *Justices de paix*, t. 4, p. 196 à 199, nos 3009 à 3016.—Locré, t. 21, p. 253, no 11, p 399, no 33; p. 564, no 25. — QUESTIONS TRAITÉES: Ne résulte-t-il pas de ces expressions, *celles des parties*, que le défaillant en bureau de paix est sujet à l'amende, soit qu'il se rende demandeur, soit qu'il ne soit que défendeur en première instance? *Q.* 240. — L'amende est-elle encourue de plein droit, et par le fait même de la non-comparution, en sorte que le juge de paix doive prononcer la condamnation? *Q.* 241. — Le jugement rendu *au fond* par suite de denegation d'audience, et après condamnation à l'amende doit-il être assimilé à un jugement par défaut? ne devrait-on pas plutôt l'envisager comme un jugement contradictoire et définitif? *Q.* 241 *bis*. — Puisque, ainsi que nous l'avons dit sur la *Q* 241, la condamnation à l'amende ne peut être prononcée que par le tribunal, et non par le juge de paix, s'ensuit-il que le receveur de l'enregistrement ne puisse recevoir la consignation d'amende qu'en exécution de cette condamnation, en sorte que la partie qui a laissé défaut en bureau de paix ne puisse en payant cette amende, éviter les frais du jugement? *Q.* 241 *ter*.—Le demandeur qui, sur sa propre citation, n'a pas comparu en bureau de paix, peut-il en payant l'amende, assigner le défendeur au tribunal de première instance? *Q.* 242 — Lorsque les parties n'ont point tenté la conciliation, c'est-à-dire lorsqu'il n'y a point eu de citation en bureau de paix, le tribunal de première instance doit-il les renvoyer d'office en ce bureau? *Q.*243.—Dans l'espèce de la question ci-dessus, le tribunal doit-il condamner à l'amende? *Q.* 244. — La partie qui prouve au tribunal de première instance l'impossibilité physique où elle a eté de comparaître en bureau de paix, peut-elle obtenir remise de l'amende, et conséquemment des peines qui sont attachées au defaut de paiement? *Q.* 245. — Les amendes adjugées pour défaut de comparution en bureau de paix ne se prescrivent-elles que par trente ans? *Q.* 246. — Y a-t-il lieu à prononcer l'amende, si la partie assignée en première instance prouve l'irregularité de la citation qui lui aurait été donnée pour comparaître en bureau de paix? *Q.* 247.]

XLVII. La peine prononcée par cet article prouve l'importance que le législateur attache à la formalité de la tentative de conciliation; mais, dans notre opinion, cette peine n'est applicable que dans le seul cas où ce préliminaire est prescrit; dans tous autres, on ne peut imputer à faute à la partie de n'avoir pas comparu sur une citation que la loi n'autorisait pas.

[[*V.* la *Quest.* 247.]]

240. *Ne résulte-t-il pas de ces expressions*, celles des parties, *que le défaillant en bureau de paix est sujet à l'amende, soit qu'il se rende demandeur, soit qu'il ne soit que défendeur en première instance ?*

« Si c'est celui qui n'a pas comparu en bureau de paix, disent les auteurs « du *Praticien*, t. 1, p. 272, qui se trouve défendeur en première instance, « comment lui refuser l'audience? Le demandeur sera-t-il obligé d'arrêter « son action et de la suspendre, tant que le defendeur ne se sera pas acquitté, « ou bien aura-t-il action contre lui pour le faire payer?

« Nous ne le pensons pas; nous croyons que l'article ne s'applique qu'au « cas où le défaillant se trouverait demandeur, parce que sa disposition étant « une peine, ce n'est qu'en ce cas qu'il pourrait être puni; et pour se faire « refuser l'audience, le débiteur de mauvaise foi ne paraîtrait jamais en con- « ciliation : loin de le punir, la loi viendrait le protéger; ce qu'on ne peut ad- « mettre. »

Nous croyons qu'il est possible d'appliquer, dans la généralité de ses expressions, la disposition pénale de l'art. 56, sans qu'on ait à craindre l'inconvénient dont parlent les auteurs du *Praticien*.

En effet, l'action du demandeur ne peut jamais être arrêtée par le défaut de paiement de l'amende de la part du défendeur. *Si toute audience doit être deniée à ce dernier* jusqu'à la représentation de la quittance de ce paiement, ces expressions ne signifient autre chose, si ce n'est qu'il sera considéré comme défaillant en première instance. (*V.* LOCRÉ, t. 21, p. 399, no 33.)

Add. — M. BONCENNE, p. 46, est d'avis que l'amende est encourue, tant par le demandeur, qui n'a pas comparu sur sa propre citation, que par le défendeur, qui n'a pas obéi à celle qui lui a été signifiée. **Carr.**

[[Nous partageons cet avis. (*V.* la *Quest.* 242.)]] **Supp. alph.**, v° *Concil.*, n. 116 et 117

241 *L'amende est-elle encourue de plein droit, et par le fait même de la non-comparution, en sorte que le juge de paix doive prononcer la condamnation ?*

M. Dumoulin (*Biblioth. du Barr.*, 1810, 1re part., p. 24), estime que c'est le juge de paix qui doit condamner le défaillant à l'amende. « La première partie « de l'art. 56 est ainsi conçue, dit-il : *La partie qui ne comparaîtra pas sera « condamnée à l'amende :* par là, deux choses sont exprimées, la non-compa- « rution devant *le juge de paix* et la condamnation à l'amende. La liaison et le « rapprochement qu'il y a entre l'une et l'autre semblent indiquer que c'est le « juge de paix devant lequel on ne comparaîtra pas qui prononcera la con- « damnation, etc., etc. »

Nous convenons qu'en ne considérant que le texte de l'art. 56, les raisons données par M. Dumoulin seraient de nature à justifier sa solution, mais il résulte expressément d'une décision du ministre de la justice du 31 juillet 1808 (*S.*, t. 8, p. 272; *J. Av.*, t. 1, p. 692, v° *Amende*, n° 22), que l'amende n'est pas encourue de plein droit, et qu'elle ne pourrait pas être exigée, si la demande n'était pas portée au tribunal de première instance : c'est donc de cette circonstance que dépend la condamnation. Or, à l'époque où la demande est formée, le juge de paix a épuisé sa compétence, qui, d'après l'article 58, se borne, en cas de non-comparution, à en faire mention sur le registre : ce sera donc le tribunal saisi de cette demande qui prononcera la condamnation à l'amende.

Ainsi, dans le cas où le demandeur et le défendeur comparaissent, si celui d'entre eux qui n'a pas comparu en bureau de paix ne représente pas au procureur du roi, chargé de veiller à l'exécution de la loi, la quittance de paiement, ce magistrat requiert d'office que toute audience lui soit refusée, et que la condamnation soit prononcée. Le défendeur qui n'a pas acquitté l'amende est donc jugé comme défaillant; et, suivant la décision ci-dessus citée du ministre, le jugement que le demandeur obtient, quoique rendu par défaut, comprend l'amende comme un accessoire de la condamnation principale.

Le demandeur est condamné à l'amende par le même jugement qui lui dénie l'audience, et ses poursuites sont rejetées, si le défendeur qui a comparu se présente.

Si, au contraire, le défendeur ne se présente pas, le tribunal, en condamnant le demandeur à l'amende, ordonne d'appeler une autre cause (1).

Add.—Nous ajouterons qu'il ne suffit pas, pour que le ministère public puisse requérir l'amende, que l'action ait été introduite; il faut que l'affaire vienne à l'audience pour y être plaidée suivant son tour de rôle. C'est, comme le fait observer M. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 153, ce qui résulte évidemment de

---

(1) De ce que nous disons que le juge de paix n'a pas la faculté de condamner à l'amende la partie qui ne comparaîtrait pas devant lui, il s'ensuit que les juges de première instance dénieraient mal à propos l'audience, sous prétexte que le procès-verbal du juge de paix contiendrait une condamnation à l'amende qui n'eût pas été acquittée; ils doivent, comme nous l'avons dit, prononcer la condamnation, et dénier audience pour plaider sur le fond, jusqu'à l'exécution de ce préparatoire. (Rennes, chamb. des vac., 2 sept. 1808; *J. Av.*, t. 2, p. 593, v° *Action*, n° 22.)

ces mots *toute audience lui sera refusée*; et, en effet, jusqu'à l'appel de la cause, il est possible que le demandeur renonce à la demande, ou que les parties s'accordent. La décision ministérielle du 31 juillet 1808, citée sur notre *Question* 141, conduit à cette juste conséquence. **Carr.**

[[Tous les auteurs sont d'accord que ce n'est pas au juge de paix, mais au tribunal postérieurement saisi de l'instance, à prononcer l'amende contre la partie qui n'a pas comparu au bureau de paix. C'est l'avis de MM. Pigeau, *Comm.*, t. 1, p. 153; Favard de Langlade, t. 1, p. 628, n° 4; Thomine Desmazures, t. 1, p. 142; Boncenne, t. 2, p. 46, et Boitard, t. 1, p. 162. Il a été sanctionné par un arrêt *in terminis*, de la Cour de cassation, en date du 8 août 1832 (*J. Av.*, t. 44, p. 227).]] **Supp. alph.**, v° *Concil.*, n. 118 et suiv.

Add. — 241 bis. *Le jugement rendu au fond par suite de dénégation d'audience, et après condamnation à l'amende, doit-il être assimilé à un jugement par défaut? Ne devrait-on pas plutôt l'envisager comme un jugement contradictoire et définitif?*

On devrait lui attribuer ce dernier caractère, si l'on admettait la décision de la Cour de cassation du 25 novembre 1828, qui rejeta un pourvoi formé contre un arrêt du tribunal de Rouen, qui avait, en termes positifs, résolu cette question pour l'affirmative. Cette decision de la Cour suprême est rapportée par MM. Sirey, t. 29, p. 9; Dalloz, 1829, p. 32; Chauveau Adolphe, *J. Av.*, t. 36, p. 67; mais elle n'a pas été présentée de la même manière par ces trois arrêtistes. L'exposé qu'en a fait M. Dalloz nous en a plus particulièrement facilité l'intelligence, et mis à portée de nous livrer à la discussion de l'importante question qu'il s'agit d'examiner.

En deux mots : Défaut de comparution en bureau de paix de la part du cité. —Assignation de celui-ci.—Il constitue avoué.—Position des qualités.—Renvoi de la cause à son tour pour être plaidée.—Appel de la cause à l'audience. —Requisitoire du ministère public tendant à dénégation d'audience au défendeur, à condamnation conformément à l'article 156, à l'amende dont la quittance n'était pas présentée. — Jugement conforme et allocation au fond de la demande, sans énonciation que ce jugement ait été rendu contradictoirement ou par défaut.—Opposition.—Jugement qui la déclare non-recevable, attendu que celui contre lequel elle était dirigée était *contradictoire* et *définitif*.—Pourvoi contre ces deux jugements.—Rejet. « Attendu, 1° que l'article 56 du Code de procédure dispose que celle des parties qui ne comparaîtra pas sera condamnée à une amende de 10 francs, et que toute audience « lui sera refusée jusqu'à ce qu'elle ait justifié de la quittance; 2° que le défendeur, demandeur en cassation, n'a *jamais* justifié de la production « de cette quittance; 3° attendu que le ministère public avait le droit de requérir l'application de l'art. 56. »

Evidemment, la Cour suprême ne résout, par aucun de ces considérants, la question que nous venons d'examiner. Elle cite, dans le premier, la disposition de l'art. 56, pour ensuite déclarer constant, par le second, que l'amende n'a pas été payée, afin d'en tirer la conséquence que le ministère public était recevable, dans son réquisitoire, tendant à l'application de l'art. 56.

L'arrêt ne décide donc véritablement autre chose que ce dernier point. On ne peut donc en argumenter pour admettre, comme le tribunal de Rouen, que le jugement rendu *sur le fond* par suite de la dénégation d'audience, devait être considéré comme contradictoire, et non pas comme rendu par défaut, ainsi que nous l'avons soutenu sur notre *Quest.* 241, *in fine*. Cependant, entre autres causes de son pourvoi, le demandeur en cassation alléguait ce der-

nier moyen, et de ce que la Cour a rejeté ce pourvoi, sans s'expliquer à ce sujet, on pourrait croire qu'elle a implicitement adopté la doctrine du tribunal de Rouen

A notre avis, ce serait une erreur; car la Cour était fondée à rejeter le pourvoi par les seuls motifs qu'elle a énoncés, et de ce qu'elle n'a pas cru nécessaire de statuer sur le caractère à donner au jugement, il ne serait pas raisonnable de conclure qu'en rejetant le pourvoi, elle ait eu l'intention d'admettre toutes les considérations sur lesquelles le jugement attaqué avait été motivé.

Nous disons que la Cour suprême a pu rejeter le pourvoi en se déterminant par les seuls motifs que l'on trouve en tête de son jugement. Et, en effet, le défendeur ne présentant pas sa quittance de l'amende, devait être condamné, puisque, d'après l'art. 56, on devait lui *dénier* toute audience; il forme opposition, mais sur cette nouvelle comparution, il ne prouve point encore qu'il s'est acquitté de la même obligation. Une seconde fois, l'audience lui est déniée: donc, nécessité de maintenir le premier jugement et de rejeter son pourvoi.

Mais M. CHAUVEAU Adolphe (*J. Av.*, t. 36, p. 69), dans cet état de choses, fait avec beaucoup de raison les observations suivantes :

« Quelle est maintenant la position du demandeur en cassation? Qu'on ne « dise pas qu'il est irrévocablement condamné à payer le montant de l'a « mende; ce serait violer le principe sacré de la défense.—On lui a refusé « toute audience: donc, il n'a pas pu se défendre, donc le jugement rendu « contre lui *est par défaut au fond*, quoiqu'il soit *contradictoire sur l'incident « du refus d'audience.* »

Nous adoptons, sans la moindre hésitation, cette opinion de l'estimable auteur du *Journal des Avoués*, et nous persistons en conséquence dans celle que nous avons émise sur notre *Quest.* 241.—Sans contredit, le jugement de condamnation à *l'amende* est *contradictoire.* Mais le jugement rendu sur le fond est un jugement par défaut, *faute de plaider*, puisque la loi s'oppose à ce que la partie qui n'a pas justifié du paiement de l'amende, soit entendue. Or, qu'importe que, par sa volonté libre, elle ne se soit pas présentée pour plaider, ou qu'elle en ait été empêchée par la disposition formelle de la loi (art. 56)? Toujours est-il vrai que le jugement intervenu a été rendu *par défaut* FAUTE DE PLAIDER, et par suite de conséquences, le jugement ne peut être réputé *contradictoire*, comme le tribunal de Rouen l'a mal à propos qualifié. Donc, l'opposition était recevable; elle ne pouvait être rejetée que par le seul motif que l'opposant ne justifiait pas de la quittance de l'amende. Voilà pourquoi la Cour de cassation a rejeté le pourvoi.

Nous conclurons donc avec confiance que tout jugement rendu *sur le fond*, par suite de dénégation d'audience et de condamnation à l'amende, est un jugement par défaut. D'où suit, que la partie à laquelle l'audience a été déniée sur les conclusions du ministère public, et qui a été jugée sur le fond, n'a été condamnée contradictoirement qu'à l'égard de *l'amende seulement*, et qu'en la payant, elle a la voie d'opposition contre la décision au fond. **Carr.**

[[Mais il faut remarquer qu'elle ne peut être entendue dans son opposition qu'après avoir justifié du paiement de l'amende, comme l'a jugé la Cour de Paris, le 10 août 1809 (*J. Av.*, t. 15, p. 330); l'opposition devra donc être rejetée, encore par défaut, si cette justification n'a pas lieu au jour de l'audience, et si la partie n'est plus dans les délais de l'opposition, elle se trouvera condamnée definitivement, car opposition sur opposition ne vaut.

Nous pensons que, dans le cas dont il s'agit, le jugement est faute de

comparaître, encore que la partie condamnée eût constitué avoué, parce que l'espèce d'interdiction morale qui frappe sur le défaillant doit remonter jusqu'au premier acte de la procédure.

Néanmoins, nous devons dire que, contrairement à cette opinion, la Cour de Paris, le 19 février 1834 (*J. Av.*, t. 46, p. 298), a qualifié un pareil jugement de jugement par défaut faute de plaider.]]

Add.—241 ter. *Puisque, ainsi que nous l'avons dit sur la* Quest. 241, *la condamnation à l'amende ne peut être prononcée que par le tribunal, et non par le juge de paix, s'ensuit-il que le receveur de l'enregistrement ne puisse recevoir la consignation d'amende qu'en exécution de cette condamnation, en sorte que la partie qui a laissé défaut en bureau de paix ne puisse, en payant cette amende, éviter les frais de ce jugement?*

Il est à désirer que cette question soit enfin décidée, car le receveur de l'enregistrement pourrait refuser de recevoir l'amende, sous prétexte qu'il ne peut la recevoir qu'en exécution d'une condamnation ; d'où suit nécessairement que la partie qui n'a pu payer l'amende est exposée à subir une condamnation à cette amende et un jugement par défaut au fond, contre lequel, si l'on admet la solution qui précède, elle ne peut se pourvoir que par la voie d'opposition, après avoir obtenu quittance de l'amende. Accélérer la décision des procès, économiser les frais, tel est, nous le répétons, le grand principe d'après lequel on doit interpréter les lois de la procédure. Ce principe serait méconnu, si la partie pouvait être placée, par le refus du receveur de l'enregistrement, dans la nécessité de ne pouvoir payer l'amende avant de comparaître devant le tribunal civil. Nous pensons donc que, sur la représentation, soit de la citation qui, conformément à l'art. 58, doit présenter la mention de la non comparution de celui qui se propose de former la demande, soit sur celle de l'assignation qui serait donnée à la partie qui n'aurait pas comparu, le receveur de l'enregistrement doit recevoir l'amende, et en donner quittance, sauf restitution, si le tribunal saisi de l'affaire en déchargeait cette partie, par exemple, dans le cas que nous avons examiné sur notre *Quest.* 245. **Carr.**

[[Nous adoptons volontiers cette solution.]]

242. *Le demandeur qui, sur sa propre citation, n'a pas comparu en bureau de paix, peut-il, en payant l'amende, assigner le défendeur au tribunal de première instance?*

Ce que nous venons de dire sur la précédente question suppose l'affirmative de celle-ci.

A la vérité, M. DELAPORTE, t. 1, p. 55, et M. LEVASSEUR, p. 114, émettent une opinion contraire. « Si le citant fait défaut, sa citation, dit le premier, ne peut « avoir aucune vertu ; il faut qu'on la recommence : il ne pourrait pas faire « assigner valablement sans cela. »

« En effet, ajoute M. Levasseur, le citant peut-il prétendre avoir rempli le « vœu de la loi, lorsque, par son défaut de comparution, il a mis lui-même « obstacle à la conciliation à laquelle il était obligé d'essayer de parvenir? »

M. LEPAGE, *Quest.*, p. 99, combat cette opinion, et entre autres raisons, qui nous paraissent victorieuses, il donne celle-ci : « On voit dans l'art. 56, que « celle des parties qui ne comparaît pas est condamnée à une amende de « 10 fr. ; il n'est pas parlé plus particulièrement du défendeur que du demandeur ; l'un et l'autre ne sont écoutés au tribunal qu'en rapportant la quittance de l'amende : par conséquent, la non-comparution du demandeur

« étant constatée et l'amende étant par lui payée, il a suffisamment rempli la « formalité de la conciliation. »

[[La solution de M. Carre, qui ne nous paraît pas souffrir le moindre doute, est approuvée par MM. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 152; FAVARD DE LANGLADE, p. 328, n° 4; BONCENNE, t. 2, p. 46, et BOITARD, t. 1, p. 162. Mais M. THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 141, incline vers l'opinion de MM. Delaporte et Levasseur; par le motif que celui qui, après avoir cité en conciliation, n'y comparaît pas, ne remplit pas le vœu de la loi, et qu'il doit être puni de la même peine que s'il n'avait point cité, c'est-à-dire par le rejet de sa demande : le texte de la loi répond suffisamment à cette objection.]]

243. *Lorsque les parties n'ont point tenté la conciliation, c'est-à-dire lorsqu'il n'y a point eu de citation en bureau de paix, le tribunal de première instance doit-il les renvoyer d'office en ce bureau ?*

Fondés sur arrêt de la Cour de Cassation du 13 thermidor an VIII (*J. Av.*, t. 7, p. 163), les auteurs du *Praticien*, t. 1, p. 312, se prononcent pour l'affirmative, parce qu'ils considèrent la formalité de l'essai de conciliation comme étant de droit public.

Il est vrai que cet arrêt, auquel on peut en ajouter un second du 17 du même mois de thermidor an VIII, avait ainsi caractérisé la formalité dont il s'agit. M. Pigeau l'a considérée sous le même rapport, puisqu'il dit, t. 1, p. 145, que l'exception résultant du défaut de conciliation peut être opposée en Cour de cassation, quand bien même elle ne l'aurait pas été en appel.

Mais nous opposons un troisième arrêt de la même Cour du 22 thermidor an XI, qui décide formellement le contraire. (*V.* D., an 12, p. 71, et *J. Av.*, t. 7, p. 163; le *Bull. offic.*, an II, p. 380.) C'est pourquoi la Cour d'appel de Nîmes, par arrêt du 26 floréal an XIII, et celle d'Orléans, par arrêt du 8 prairial an XII, ont décidé qu'une partie était non recevable à opposer sous l'appel une telle exception, qu'elle n'avait pas produite en première instance. (V. *Collect. formant suppl. au Journ. du Palais*, p. 65, 1806; ce Journ., n° 267, p. 222, et *J. Av.*, t. 7, p. 164 et 165.)

Ceci posé, nous ne croyons pas que le juge puisse renvoyer d'office les parties à tenter la conciliation, sans commettre une sorte de déni de justice; car il nous paraît évident qu'une exception qui peut être couverte par la procédure volontaire de la partie intéressée à la proposer, ne peut, à plus forte raison, être suppléée par le juge.

Néanmoins, nous serions assez porté à croire que, dans le cas où le défendeur laisserait défaut sur une assignation qui n'aurait pas été précédée de citation en bureau de paix, le tribunal serait suffisamment autorisé à prononcer le renvoi : la raison en est que le défaut emporte contestation, et pourrait être attribué à la circonstance même de l'omission du préliminaire. (*V.* Cass., 11 fructidor an XI, *Questions de droit*, 2e édit., p. 326; Rennes, 22 mai 1809, 8 janvier 1812 et 22 avril 1813; *J. Av.*, *loco citato*, et p. 166.)

Add.—En terminant les notions de doctrines que nous avons posées en tête de la conciliation, nous avons dit que le défaut de conciliation est *couvert* par « la procédure de la partie qui néglige de l'opposer, d'où suit que le juge ne « pourrait même la suppléer d'office, comme étant une exception d'ordre « public. »

Nous rappelons que M. Merlin avait professé l'opinion contraire dans ses *Questions de droit*, et comme il le fait remarquer lui-même, telle était effectivement, à l'époque où il prononça le plaidoyer inséré dans son premier volume, la jurisprudence de la Cour de cassation. « Mais depuis, dit-il, l'opi-

« nion contraire à prévalu, et pourquoi, ajoute-t-il (1), la Cour de cassation « s'en est-elle tenue à celle-ci? Parce qu'elle a reconnu que le bien public « n'était pas le but direct et principal de l'art. 2 du tit. 10 de la loi du 25 août « 1790; nous dirons, et *par les mêmes raisons, celui de l'art. 48 du Code de procé-* « *dure*, parce qu'elle a senti que cet article intéressait directement, et en pre- « mière ligne, les particuliers contre lesquels il y avait des demandes judiciaires « à former; parce qu'elle a conclu de là qu'il devait être libre aux particuliers « de renoncer à une fin de non-recevoir que le législateur avait établie dans « leur intérêt personnel. »

Cependant le même auteur rapporte différents arrêts, tant de la Cour de Cassation que des Cours royales, qui, sous l'empire du Code, ont jugé, les uns en ce dernier sens, les autres dans un sens contraire.

Au moment où nous écrivons, l'on est loin d'être d'accord sur cette importante question.

Elle s'est présentée, en dernier lieu, à la Cour de Rennes dans l'espèce suivante, qu'il importe de noter : « l'appelant, défendeur en première instance, avait laissé défaut *faute de conclure* : dans ses conclusions devant la Cour, il faisait valoir contre toute la procédure un moyen de nullité résultant de ce qu'il n'avait point été cité en conciliation, mais, par de nouvelles conclusions il s'était désisté de ce moyen. »

Néanmoins, le ministère public soutint que la Cour ne devait avoir aucune considération à ce désistement, l'essai de conciliation étant d'ordre public; si nous n'avons pas été mal informé, la Cour, dans un premier délibéré, aurait pensé comme le Ministère public, mais après un second, l'opinion contraire aurait été admise, et en effet un arrêt de la seconde Chambre du 21 déc. 1829 a consacré ce dernier système, que l'essai de conciliation n'est point d'ordre public. D'où la conséquence qu'il ne peut être suppléé d'office par le ministère public et par le juge, lorsque les parties n'ont pas opposé l'exception, ou s'en sont désistées après l'avoir opposée.

Que décider en définitive? De tous les auteurs qui ont examiné cette difficulté, nul, sans contredit, ne l'a mieux approfondie et discutée que M. BONCENNE (t. 1, p. 296, et t. 2, p. 47), et après avoir mûrement réfléchi sur les raisons qu'il développe en faveur du système de ceux qui ont persisté à considérer l'essai de conciliation comme étant d'ordre public, nous déclarons nous ranger à son opinion, laissant à part, comme lui, les idées des publicistes sur l'utilité et les inconvénients de ce préliminaire, et considérant la loi dans ce qu'elle est et non dans ce qu'elle devrait être. **Carr**.

[[Les arrêts qui ont décidé cette question en sens divers, sont très nombreux. Ceux qui regardent le préliminaire de la conciliation comme étant d'ordre public sont les suivants : Cass. 7-23 nivôse; 13 thermidor an VIII (*J. Av.*, t. 7, p. 163, 1re espèce); 27 ventôse an VIII (*J. Av.*, t. 7, p. 176); Grenoble, 8 janvier 1818 (*J. Av.*, t. 7, p. 167, 9e espèce); Toulouse, 8 juillet 1820 (*J. Av.*, t. 27, p. 121, 2e espèce); Dijon, 2 décembre 1826 (*J. Av.*, t. 32, p. 176).

La décision opposée a été consacrée par les arrêts que nous allons indiquer : Cass., 9 germinal, 9 messidor, 22 thermidor, 11 fructidor an XI (*J. Av.*, t. 7, p. 163, 2e espèce); 19 janvier 1825 (*J. Av.*, t. 28, p. 179); 16 février 1826 (*J. Av.*, t. 31, p. 28); 22 juin 1835 (*J. Av.*, t. 50, p. 146), et 29 janvier 1838 (*J. P.*, t. 1 de 1838, p. 502); Besançon, 22 brumaire an XII (*J. Av.*, t. 7, p. 171); Orléans, 8 prairial an XII (*J. Av.*, t. 7, p. 163, 3e espèce); 27 novembre 1816 et 2 août 1822 (*J. Av.*, t. 7, p. 171, 14e espèce); Turin, 12 prairial an XII (*J. Av.*, t. 7,

---

(1) P. 118, 2e édit., au mot *Appel*, à la note.

p. 165, 4e espèce); Nîmes, 26 floréal an XIII (*J. Av.*, t. 7, p. 165, 5e espèce), et 28 août 1821 (*J. Av.*, t. 7, p. 168, 11e espèce); Bruxelles, 3 juillet 1812 (*J. Av.*, t. 7, p. 171, 13e espèce); Rennes, 8 janvier, 13 août 1812, 17 février, 11 décembre 1815 (*J. Av.*, t. 7, p. 166, 6e, 7e et 8e espèces), et 28 août 1813 (*J. Av.*, t. 7, p. 262); Metz, 19 janvier 1821 (*J. Av.*, t. 7, p. 168, 10e espèce); Agen, 19 février 1824 (*J. Av.*, t. 27, p. 118, 1re espèce); Bourges, 29 août 1826 (*J. Av.*, t. 32, p. 291); Orléans, 19 juin 1829 (*J. Av.*, t. 43, 20 janvier 1831 (*J. Av.*, t. 41, p. 727); Grenoble, 4 décembre 1830 (*Journ. de cette Cour*, t. 5, p. 207); Colmar, p. 363); Bourges, 20 décembre 1831 (*J. Av.*, t. 45, p. 537); Pau, 22 déc. 1832, (*Mém.* de Tajan, t. 26, p. 37), et Toulouse, 30 mai 1833 (*Ibid*, t. 27, p. 401).

Nous nous sommes depuis longtemps prononcé contre cette dernière jurisprudence, et c'est avec bonheur que nous avons vu M. Carré, d'abord dissident, se ranger, dans le passage inédit que nous avons ajouté à la question, à l'opinion par nous émise, avant même que M. Boncenne fût venu l'appuyer de toute la puissance de son talent.

MM. BERRIAT SAINT-PRIX, p. 191, note 27, n° 2; FAVARD DE LANGLADE, t. 1er, p. 628, n° 5, et THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 129, ont suivi la jurisprudence; mais MM. PONCET, *Traité des actions*, et BOITARD, t. 1, p. 172 et suivantes, y ont résisté.

Quel est le but du préliminaire de la conciliation? Personne ne peut le nier; la raison l'indique: c'est d'étouffer les procès.... Est-ce un juge devant lequel les parties doivent comparaître? Non, c'est devant un conciliateur.... Il pourra manifester son opinion, la développer et représenter au plaideur téméraire tous les dangers qu'il court; ce ne sera plus à la partie adverse que cèdera le plaideur, mais au magistrat désintéressé; c'est un tribunal de famille où chacun porte ses plaintes, et où la décision n'est pas un jugement, mais bien le retour de la concorde et la réunion des deux familles.

Si les législateurs avaient eu tout autre but, ils n'auraient plus alors créé qu'une vaine formalité qui, ajoutée à tant d'autres, devenait inutile et dérisoire. Lorsque cette institution prit naissance, la Cour de cassation jugea tout aussitôt qu'elle tenait essentiellement à l'ordre public; mais lorsque de froids calculs eurent essayé de démontrer que les procès étaient aussi nombreux qu'avant la révolution, et lorsqu'on eut fait la malheureuse expérience que quelques magistrats étaient loin d'être des conciliateurs, et ne pouvaient jamais se dépouiller de la sévérité du juge, on oublia le but et l'origine de cet important préliminaire, et ce que des hommes sages et éclairés avaient déclaré tenir essentiellement à l'ordre public, ne fut plus considéré que comme une mesure établie purement dans l'intérêt particulier; on perdit de vue la chose, on ne vit que les hommes; on ne réfléchit pas que même les institutions divines pourraient paraître vicieuses si on les jugeait toujours par ceux qui sont chargés de les vivifier et d'en faire sentir l'importance aux autres hommes. On l'a dit souvent, et c'est une vérité incontestable, *il n'est rien dont l'homme n'abuse;* mais aussi ne pourrait-on pas citer un grand nombre de cantons où les procès sont étouffés dès leur naissance, où le juge de paix est considéré comme le père de tous les habitants?

Les tribunaux retentissent de demandes en séparation de corps; faut-il pour cela classer au rang des simples formalités cette mesure d'ordre public qui amène les deux époux devant le président du tribunal? Et combien de ménages doivent leur paix et leur repos à cette mesure prévoyante du législateur.

Le préliminaire de conciliation est une idée toute philanthropique. Qu'on nomme dans chaque hameau l'homme le plus instruit, le plus probe et le plus vénéré de ses concitoyens; ce sera un oracle pour tous les habitants; aucun

d'eux ne voudra recourir à un autre tribunal; il sera le juge suprême; nous en voyons chaque jour des exemples.

Nous croyons donc pouvoir dire avec la Cour de Toulouse : *Il est du devoir des tribunaux de concilier cette exception.* Il y a plus ; ils doivent la suppléer ; de même qu'une Cour royale ne recevrait pas une action qui n'aurait pas été soumise aux premiers juges, de même un tribunal doit repousser une action qui n'a pas subi le préliminaire de la conciliation ; il eût été infructueux, nous répond-on, puisque aucune partie ne se plaint ; et qui vous dit que le conciliateur n'eût pas trouvé le moyen de vaincre les préventions qui cachaient la vérité à celui qui doit succomber ?

Ce n'est pas un degré de juridiction, dit-on sans cesse. Nous le savons bien, mais c'est plus qu'un degré de juridiction; c'est, avant tout degré de juridiction, qu'on doit passer devant le magistrat que la loi a placé au milieu de nous pour y faire régner constamment la paix et la concorde.

Un seul reproche doit être adressé au législateur ; c'est de n'avoir condamné le défendeur non comparant qu'à une amende de 10 francs; elle devait être d'au moins 1000 francs. Mais l'article 56 détruit-il l'article 48, qui prescrit d'une manière formelle la tentative de conciliation ? Nous croyons ne pouvoir mieux faire sentir l'intention du législateur, qu'en transcrivant littéralement ce dernier article.

« Aucune demande principale introductive d'instance, entre parties capa-
« bles de transiger, et sur des objets qui peuvent être la matière d'une trans-
« action, *ne sera reçue* dans les tribunaux de première instance, que le dé-
« fendeur n'ait été préalablement appelé en conciliation devant le juge de
« paix, ou que les parties n'y aient volontairement comparu. »

La partie qui est citée et qui ne veut pas se concilier, craint de ne pas comparaître; devant les juges de première instance, on lui en fera un grief; elle passera pour processive; elle vient ordinairement déclarer que sa comparution n'a pour but que d'obéir à la justice; mais alors, quoiqu'elle ait pris la ferme détermination de n'écouter aucun conseil, la voix paternelle du conciliateur peut la ramener à la raison, et, d'ailleurs, le juge quelquefois démontre au demandeur qu'il a tort, et alors tout procès est anéanti.

Nous avons lu quelque part cette idée, qui rentre si bien dans le véritable but de l'institution que nous défendons en ce moment : « *Il serait à désirer que pour imprimer aux juges de paix une salutaire émulation, on publiât chaque année un tableau comparatif des causes conciliées dans toutes les justices de paix d'un même département ou d'un même ressort de Cour royale.* » C'est par des moyens semblables qu'on parviendra à nationaliser cette institution qui peut produire de si heureux résultats.—Nous le répétons, en finissant ; c'est aux tribunaux à veiller à l'observation de l'artible 48 : *Aucune demande ne sera reçue;* la loi parle. Ils doivent rejeter la demande, quand l'examen des pièces leur a prouvé que les parties ont méconnu l'article le plus sage du Code de procédure.]] **Supp. alph.**, v° *Concil.*, n. 67 et 68.

244. *Dans l'espèce de la question ci-dessus, le tribunal doit-il condamner à l'amende?*

Nous ne le pensons pas, par le motif que l'art. 56 n'attache la peine qu'au défaut de comparution. Or, l'obligation de comparaître suppose un acte antérieur dont elle dérive, une citation qui n'a pas eu lieu.

[[Le défaut de comparution a sa peine, c'est l'amende; le défaut de citation a la sienne, c'est l'irrecevabilité de l'action.]]

245. *La partie qui prouve au tribunal de première instance l'impossibilité physique où elle a été de comparaître en bureau de paix, peut-elle obtenir remise de l'amende, et conséquemment des peines qui sont attachées au défaut de paiement?*

Cette question avait été décidée affirmativement par arrêt de la Cour de cassation du 19 floréal an XII, et le ministre de la justice a rendu à ce sujet, le 15 novembre 1808, une décision ainsi conçue (V. *S.*, t. 9, 2e part., p. 54, et *J. Av.*, t. 2, p. 583) : « S'il résulte des art. 53 et 56 que celui qui n'a pas comparu « en personne, ou ne s'est pas fait représenter en bureau de paix, ne peut « être entendu devant le tribunal sans produire la quittance de l'amende, « néanmoins, lorsque la partie prouve l'impossibilité où elle a été de compa- « raître, et que l'excuse est *reconnue véritable* par le tribunal, la *peine cesse*, et « rien n'empêche qu'il ne soit statué, par le même jugement, sur le fond de « la contestation. Dans ce cas, il n'y a pas lieu à diriger des poursuites pour « le paiement de l'amende. »

Cette décision, que nous avons textuellement rapportée, présente une difficulté dans son exécution, en ce que le tribunal prononçant sur le fond par le même jugement qui admet l'excuse, cela suppose que la partie a été admise à plaider ses moyens au fond avant que l'excuse ait été admise, et cette marche serait contraire à l'art. 56. Nous croyons que la décision du ministre doit s'interpréter en ce sens, que le tribunal, après avoir entendu les moyens d'excuse, permet de plaider, et déclare, dans le jugement par lequel il statue au fond, qu'il a admis ces moyens et accordé cette permission.

[[On trouve la même observation reproduite par MM. PIGEAU, *Comment.*, t. 1, p. 153; FAVARD DE LANGLADE, t. 1, p. 628, n° 4; THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 142, et BONCENNE, t. 1, p. 147.]]

246. *Les amendes adjugées pour défaut de comparution en bureau de paix ne se prescrivent-elles que par trente ans?*

Oui [[évidemment]] car on ne peut étendre à ce cas la prescription de deux ans, établie par l'article 61 de la loi du 22 frimaire an 7. (Cass., 11 nov. 1806, *S.*, t. 7, 2e part., p.1009, et *J. Av.*, t. 2, p. 618, et *J. P.*, 3e édit., t. 5, p. 537.)

247. *Y a-t-il lieu à prononcer l'amende, si la partie assignée en première instance prouve l'irrégularité de la citation qui lui aurait été donnée pour comparaître en bureau de paix.*

L'irrégularité de la citation ne dispense pas le défendeur de comparaître pour en opposer les vices, et demander, ou qu'elle soit annulée, si ces vices tiennent à la substance de l'acte, ou qu'il y ait réassigné. Nous pensons donc que l'art. 56 doit recevoir son application, même en ce cas.

[[M. Carré disait, au commentaire de cet article, n° 47, que la peine pour la non comparution ne pouvait être prononcée dans le cas où l'affaire était légalement dispensée du préliminaire de conciliation. Il nous semble qu'il y a même raison de décider, lorsque la citation est irrégulière ou nulle, on dit en vain qu'il faut au moins comparaître pour proposer et demander la nullité, si les vices de la citation tiennent à sa substance. N'avons-nous pas dit déjà plusieurs fois que le magistrat conciliateur n'est pas juge, que dès lors de semblables questions ne peuvent lui être soumises? Pourquoi donc se présenterait-on? pour dire qu'on ne peut se concilier. Le défaut de comparution n'est pas plus répréhensible qu'une comparution qui ne pourrait absolument avoir d'autre résultat. Du reste, les vices peuvent être tels, qu'il soit possible que la citation n'ait même pas été reçue.]]

ART. 57. La citation en conciliation interrompra la prescription, et fera courir les intérêts, le tout pourvu que la *demande soit formée* (1) dans le mois, à dater du jour de la comparution ou de la non-conciliation.

[Notre Comm. du Tarif, t. 1, p. 45, n° 17.]—Loi du 24 août 1790, tit. 10, art. 6 —C. C., 1153. 2245 2274. —[Notre Dict. gén. de Pr., v° *Conciliation*, n°s 119 à 136.—Arm. Dalloz, *eod.*, n°s 142 à 147.—Carré, *Justices de paix*, t. 4, p. 200 à 203, n°s 3017 à 3022.—Locré, t. 21, p. 254, n° 12, p. 399, n° 4, et p. 564, n° 26.—QUESTIONS TRAITÉES: Le délai d'un mois, dans lequel la demande doit être formée, pour que la citation interrompe la prescription est-il susceptible de l'augmentation d'un jour par trois myriamètres? *Q.* 248.—La citation en conciliation suivie d'ajournement dans le mois interrompt-elle la prescription, même au cas où la demande est, par sa nature dispensée du préliminaire, et si elle est donnée devant un magistrat incompétent? *Q.* 248 *bis*. — La prescription est-elle interrompue autant pour les demandes additionnelles ou reconventionnelles formées au bureau de paix, que pour celles qui avaient été l'objet de la citation? *Q.* 248 *ter*. — La comparution volontaire en bureau de paix interrompt-elle la prescription? *Q.* 249. — Si la demande n'a pas été formée dans le délai prescrit par l'art. 57, peut-on la former postérieurement sans citer de nouveau en conciliation? le peut-on même après trois années? en un mot, le préliminaire de conciliation tombe-t-il en péremption, soit par le laps d'un mois, soit par le laps de trois ans? *Q.* 250.—L'art. 57 est-il applicable à la citation donnée sous l'empire de la loi du 24 août 1790, et qui, depuis la promulgation du Code, n'a pas été suivie d'une assignation dans le mois? *Q.* 251. — La citation en conciliation sur laquelle intervient un compromis interrompt-elle la prescription? *Q.* 251 *bis*.—Les intérêts ne courent-ils qu'autant qu'ils sont spécialement et expressément demandés? *Q.* 252. — La citation en conciliation fait-elle courir les fruits civils de même que les intérêts? *Q.* 253.] (2).

V. *infrà*, p. 272, Q. 250 *bis* et p. 274, Q. 253 *bis*.

XLVIII. Par cette disposition, le législateur répare une omission faite dans la loi de 1790, et complète la disposition de l'art. 2245 du Code civil, en fixant le délai de droit que cet article n'avait pas déterminé. Il en résulte que si la demande en justice n'est pas formée dans ce délai, la prescription n'est interrompue et les intérêts ne commencent à courir que du jour de sa notification.

[[Arrêt de la Cour de Colmar du 26 août 1829, *Journ.* de cette Cour, t. 25, p. 214.]]

Ce même délai d'un mois était nécessaire pour donner le temps de retirer le procès-verbal.

[[Sous l'empire de la loi de 1790, au contraire, il suffisait que la citation en conciliation fût suivie d'ajournement à une époque quelconque pour interrompre la prescription et pour faire courir les intérêts. C'est ce qu'ont jugé la

---

(1) Ainsi la demande seule suffit, quoiqu'elle n'ait point été suivie du jugement de condamnation. (Cassat., 17 nov. 1807, *S.*, t. 8, p. 1.)

D'un autre côté, tant qu'il n'y a point de demande *avec conclusions au paiement des intérêts* (Voy. *infrà*, *Quest.* 252), nous estimons que les intérêts moratoires ne courent point, quelque temps qui se soit écoulé depuis l'échéance du terme du paiement. (Angers, 29 mai 1807, *S.*, t. 7, p. 313.)

(2) JURISPRUDENCE.

[Nous pensons que:

1° La citation en conciliation ne peut tenir lieu de la sommation nécessaire pour mettre le débiteur en demeure. Grenoble, 19 juillet 1826; Pisançon contre veuve Goubernard;

2° La citation en conciliation est un trouble de droit suffisant pour autoriser celui à qui elle a été notifiée à demander devant les tribunaux sa maintenue en propriété. Metz, 14 nov. 1816, *J. Av.*, t. 7, p. 272.

3° Une citation en conciliation est interruptive de la prescription de l'action en nullité d'un contrat, quoiqu'elle n'énonce pas ce contrat, si des circonstances, il résulte que c'est ce contrat qu'elle avait en vue. Cassat., 14 juillet 1829; *S.*, t. 29, 1re part., p. 397;

4° Lorsqu'un créancier s'est désisté d'une saisie-arrêt formée par lui, son débiteur ne peut pas, en demandant acte de ce désistement au tribunal, obtenir un jugement qui déclare la dette éteinte, par le motif que déjà il aurait été cité en conciliation par son prétendu créancier, l'action sur le mérite de la créance n'étant pas légalement engagée. Amiens, 11 août 1826, *Journ.* de cette Cour, t. 4, p. 246.]

Cour de cassation, le 6 vendémiaire an XI (*J. Av.*, t. 7, p. 189), et le 12 juillet 1808 (*J. Av.*, t. 7, p. 236), et les Cours de Paris, le 6 mai 1813 (*J. Av.*, t. 18, p. 459), et de Pau, le 12 janvier 1826 (*J. Av.*, t. 31, p. 89), et ce qu'enseignaient MM. MERLIN, *Quest. de Droit*, t. 1, p. 327, v° *Bureau de paix*, § 5; DEMIAU CROUZILHAC, p. 53, et DELAPORTE, t. 1, p. 54. (*V.* encore la note de la *Quest.* 250, et la *Quest.* 251 *infrà.*)]] *Add.* **Supp. alph.**, v° *Concil.*, n. 126.

248. *Le délai d'un mois, dans lequel la demande doit être formée, pour que la citation interrompe la prescription, est-il susceptible de l'augmentation d'un jour par trois myriamètres de distance?*

Par arrêt du 4 juillet 1809 (*J. Av.*, t. 7, p. 241), la Cour de Paris a décidé négativement, en adoptant les motifs du jugement de première instance. des motifs ne sont point rapportés dans le recueil où cet arrêt est inséré; mais il paraît que le principal a été que l'art. 1033, sur lequel on fondait l'affirmative, ne s'appliquait point à l'espèce. (V. *Biblioth. du Barr.*, 2e part., 1810, t. 5, p. 363.)

En effet, l'augmentation de délai n'est établie qu'en faveur du défendeur qui doit comparaître. Le délai donné pour former la demande demeure toujours invariable, dès que la loi l'a fixé. (*Jurisp. des Cours souv.*, t. 2, p. 432; *Traité des null.* de M. PERRIN, p. 255.)

Add. — M. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 155, établit la même doctrine en thèse générale; mais il pense que l'on pourrait faire exception dans le cas où la prescription serait si courte, qu'un demandeur, obligé d'assigner au loin, serait dans l'impossibilité de le faire dans le délai de la prescription. Les raisons pour lesquelles nous avons résolu négativement notre *Quest.* 248, ne nous permettent pas de partager cette opinion : elles établissent un principe général qui, suivant nous, doit être considéré comme s'il eût été consacré par la loi elle-même, à laquelle on ne doit faire arbitrairement aucune exception **Carr.**

[[L'opinion de M. Carré, que partagent MM. FAVARD DE LANGLADE, t. 1, p. 632, n° 1, et THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 144, est aussi la nôtre.]] **Supp. alph.**, n. 135.

[[**248** bis. *La citation en conciliation, suivie d'ajournement dans le mois, interrompt-elle la prescription même au cas où la demande est par sa nature dispensée du préliminaire? et si elle est donnée devant un magistrat incompétent?*

Sur la première partie de cette question, M. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 154, adopte la négative.

Sur la seconde, MM. PIGEAU, *Proc., civ.*, § 8, n° 2, du chap. *de la Conciliation;* VAZEILLE, n° 191, et FAVARD DE LANGLADE, t. 1, p. 632, n° 1, adoptent l'affirmative.

Nous embrassons la seconde des deux opinions de M. Pigeau, quant à la première, une distinction est nécessaire.

Il est certain, comme le fait remarquer M. BOITARD, t. 1, p. 164, que le privilége d'interrompre la prescription n'a été accordé à la citation en conciliation que parce que sans cela le délai de la prescription se trouvait virtuellement abrégé au préjudice du créancier; car celui-ci, forcé de faire précéder sa demande d'un essai de conciliation, devrait pour cela prendre ses mesures un certain nombre de jours d'avance pour que la demande pût être intentée avant l'expiration du délai; et, s'il n'était averti de l'existence de son droit que le dernier ou l'avant-dernier jour de ce délai, par exemple, ce dernier jour ne lui serait pas utile, puisque l'action ne pourrait être intentée qu'après les formalités et le temps nécessaires pour la tentative de conciliation. Il a donc fallu

attacher l'interruption de la prescription à la citation en conciliation elle-même.

Mais de cela que, dans les affaires où l'essai de conciliation n'est pas exigé, ce motif n'est pas applicable, s'ensuit-il que la citation en conciliation ne doive pas produire le même effet?

Les affaires dispensées de l'essai de conciliation sont de deux sortes : celles qui pourraient être transigées, celles qui par leur nature ne sont pas susceptibles de transaction.

Relativement aux premières, la dispense est une faveur; pourra-t-on faire au demandeur un reproche d'y avoir renoncé? N'est-il pas, au contraire, dans l'esprit de la loi que l'on tente tous les moyens possibles d'éviter la contestation? Dès lors, celui qui se sera conformé à cette intention conciliatrice, quoique la nécessité ne lui en fût pas imposée, doit jouir des mêmes prérogatives que celui qui ne l'a fait que pour accomplir une injonction indispensable; car, dit M. TROPLONG, *Prescription*, p. 127, nº 592, sa vigilance est la même, sa volonté d'agir n'est pas moins fermement caractérisée.

M. Troplong cite, comme ayant consacré cette solution, un arrêt de la Cour de cassation du 9 novembre 1809 (*J. Av.*, t. 7, p. 246, et *S.*, t. 10, 1re part., p. 77), qui n'est pas applicable, comme on peut s'en convaincre par la discussion qui le précéda, et notamment par le réquisitoire de M. le procureur général Merlin; la principale question à débattre fut celle de savoir si, sous l'empire de la législation de l'époque, une cause quelconque pouvait être dispensée, et il fut jugé que non. Ainsi, cette cause n'était point dans les termes de la question que nous examinons.

Maintenant s'agit-il d'une affaire non susceptible de transaction? La loi ignore ce que c'est qu'une tentative de conciliation (art. 48). Impossible donc d'attacher aucun effet à l'acte frustratoire qu'on aurait fait pour y parvenir. La prescription, ce nous semble, ne peut jamais être interrompue que par un acte ayant un but, une portée légale, au moins dans l'intention de celui qui le fait.

On dira vainement que la citation donnée devant un magistrat incompétent est aussi nulle et frustratoire que celle qui est donnee dans une cause non susceptible de transaction.

Nous repondrons 1º que, pour le cas d'incompétence, on peut s'appuyer de l'analogie qui se rencontre dans l'espèce de l'art. 2246, qui fait interrompre la prescription par la citation *en justice* donnée devant le *juge* incompétent;

2º Que la disposition de cet article est fondee sur ce que, en ajournant, même devant un juge incompétent, on témoigne l'intention de poursuivre sa demande par les voies légales, puisqu'on accomplit, quoique irrégulièrement, la première formalité de la loi; considération qui s'applique tout aussi bien à la citation en conciliation devant un magistrat incompétent; au lieu qu'en citant en conciliation pour une affaire où elle est impossible, on fait un acte qui n'a point de valeur légale, et qui, ne faisant partie d'aucune procédure exigée ou reconnue par la loi, doit être assimilée à une injonction verbale, ou à une lettre missive adressée par le créancier à son débiteur.

Cette distinction est aussi approuvée par M. DELVINCOURT, t. 2, p. 640.]] **Supp. alph.**, vº *Concil.*, n. 137 et s.

[**248** ter. *La prescription est-elle interrompue, autant pour les demandes additionnelles et reconventionnelles formées au bureau de paix, que pour celles qui avaient été l'objet de la citation?*

Oui; aux termes d'un arrêt de la Cour de cassation, du 30 frimaire an XI (*J. Av.*, t. 7, p. 190), dont M. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 149, approuve entièrement la doctrine.

En effet, l'on sent que c'est la demande légalement constatée, et non pas telle ou telle forme donnée à l'acte qui la constaterait, qu'est attachée la vertu d'interrompre la prescription, parce que c'est cette demande qui annonce l'intention de poursuivre son droit. Par conséquent, les demandes additionnelles ou reconventionnelles, consignées au procès-verbal de non-conciliation, échappent à la prescription, comme celles qui avaient été formulées par la citation, parce qu'elles sont également constatées, quoique par des actes divers; savoir : les unes, par la citation ; les autres, par le procès-verbal. Voir le n° XLV et la note. C'est sur le même principe que s'appuie la solution de M. Boncenne, rapportée sous la *Quest.* 249.]]

249. *La comparution volontaire en bureau de paix interrompt-elle la prescription ?*

Nous ne le pensons pas, par le motif que les termes de l'art. 57 n'attachent l'interruption de la prescription qu'au fait d'une citation donnée en bureau de paix.

D'un autre côté, l'art. 2244 du Code civil porte qu'une citation en justice, un commandement ou une saisie *signifiés* à celui qu'on veut empêcher de prescrire, forment l'interruption civile; il annonce par là que le législateur n'a pas eu l'intention d'attacher cet effet à la comparution volontaire : ce serait aller au delà des termes de la loi. (*Bibl. du Barr.*, 2e part., t. 4, p. 65) (1).

Add. — M. BONCENNE, t. 2, p. 59, donne à cette question une solution différente de celle que nous avons appuyée sur l'arrêt de la Cour de Colmar du 15 juillet 1809. « La citation, dit-il, ne sert qu'à mettre le défendeur en demeure de comparaître, et à prouver qu'il a été appelé ; c'est toute sa valeur. La vertu d'interrompre la prescription et de faire courir les intérêts, est attachée à l'interpellation qui se trouve nécessairement dans une tentative de conciliation. Or, il n'est pas besoin de citation pour prouver que le défendeur a été interpellé, quand les parties se sont volontairement présentées, afin de s'expliquer, et qu'il en a été dressé procès-verbal par le juge de paix. »

Nous adoptons cette opinion de notre savant confrère, par le motif que l'article 9, évidemment applicable à la comparution en bureau de paix, met sur la même ligne la comparution volontaire et la comparution par suite de citation ; celui, d'ailleurs, qui comparaît *volontairement*, se met en effet dans la même place que celui qui comparaît *forcément* pour obéir à une citation. Pourquoi sa comparution volontaire n'aurait-elle pas les mêmes effets?... On ne pourrait assigner aucun motif raisonnable de décider autrement. **Carr.**

[[C'est aussi, et avec raison, l'avis de MM. FAVARD DE LANGLADE, t. 1, p. 632, n° 2, et THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 144.]]

---

(1) On a opposé, contre cette opinion, 1° qu'on peut essayer la conciliation sans citation préalable, puisque les parties peuvent comparaître volontairement devant le juge de paix; 2° que le défaut de citation n'a d'autre inconvénient que de retarder l'interruption, qui eut eu lieu plus tôt, puisque la citation doit précéder la comparution de trois jours au moins; mais qu'il n'est pas possible d'admettre que le défendeur qui comparaît volontairement n'interrompe pas la prescription.

Nous répondrons qu'un arrêt de la Cour de Colmar du 15 juillet 1809 (*S.*, t. 14, 2e part., p. 89 ; *J. Av.*, t. 7, p. 244), nous semble avoir tranché la difficulté. Mais en même temps nous convenons que si la partie comparaissant en bureau de paix, y donne une reconnaissance de la dette constatée par procès-verbal, il y aura interruption, non en vertu de l'art. 57, puisqu'il exige *citation*, mais d'après l'art. 2248 du Code civil. C'est ce qui résulte implicitement du même arrêt de Colmar, et ce que nous croyons fondé en principes.

250. *Si la demande n'a pas été formée dans le délai prescrit par l'art. 57, peut-on la former postérieurement, sans citer de nouveau en conciliation? Le peut-on même après trois années?* EN UN MOT, *le préliminaire de conciliation tombe-t-il en péremption, soit par le laps d'un mois, soit par le laps de trois ans?*

M. LEPAGE, dans ses *Questions*, p. 99, en remarquant, comme tous les auteurs, que la loi n'a prescrit aucun terme après lequel la formalité de la conciliation doive être recommencée, si elle n'a pas eu de suite, ajoute: « On ne « peut pas tirer argument de l'art. 57, qui donne à la tentative de conciliation « l'effet d'interrompre la prescription, quand la demande est formée dans le « mois. Une déchéance est une disposition rigoureuse qui ne se supplée point, « et qui ne s'étend pas d'un cas à un autre. »

Mais cet auteur pense néanmoins que la tentative de conciliation *est, comme toutes les autres procédures, sujette à la péremption ordinaire* (de trois ans) établie par l'art. 397.

Nous trouvons tous les auteurs qui se sont expliqués sur la question en opposition avec cette opinion : « Une instance tombe en péremption, dit, « entre autres, M. PIGEAU, *Procéd. civ.*, art. 9 du chap. *de la Conciliation;* « mais le préliminaire de conciliation n'en étant point une, puisqu'il est éta- « bli pour les prévenir, on ne peut pas dire qu'il tombe en péremption. D'ail- « leurs, les lois dures ne s'étendent pas : on peut donc, plus de trois ans « après ce préliminaire, actionner sans le recommencer. »

Même opinion de la part de M. DUMOULIN, dans la *Biblioth. du Barr.*, 1810, 1re part., p. 248, et de M. DEMIAU-CROUZILHAC, p. 53.

Concluons que la durée du procès-verbal de non-conciliation, ou du certificat de non-comparution au bureau de paix, n'étant limitée par aucune disposition particulière, reste soumise aux règles ordinaires; en sorte que l'un et l'autre de ces actes durent trente ans, pendant lesquels on peut assigner; mais une fois l'assignation donnée, ils suivent le sort de l'instance qu'elle a introduite, et s'éteignent avec elle (1).

---

(1) Mais il importe de remarquer que la citation en conciliation ne saurait étendre le délai fixé au-dessous de trente ans, pour former certaines actions.

Par exemple, dans le cas d'une action annale par sa nature, cette action serait prescrite, s'il s'était écoulé un an entre la citation en bureau de paix et l'assignation en justice réglée.

Il en serait de même de l'action en nullité, que l'art. 1304 du Code civil limite à dix ans. (Cassat., 22 mess. an XI, *S.*, t. 13, 2e part., p. 467, et *J. Av.*, t. 7, p. 203.)

[On trouve le même principe sanctionné par les arrêts de la Cour de cass du 13 vendémiaire an X; de la Cour de Paris, du 20 ventôse an XI (*J. Av.*, t. 7, p. 183, et de la Cour de Nimes, du 9 nov 1827 (TAJAN, t. 15, p. 410).]

Add.—Mais ces décisions ne sont pas susceptibles d'application sous l'empire du Code de procédure, ainsi que l'a fait remarquer M. Chauveau Adolphe (*J. Av.*, t. 7, p. 185), et avec raison. En effet, à la différence de la loi du 24 août 1790, qui ne fixait point le délai fatal dans lequel, pour interrompre la prescription, l'ajournement eût dû suivre la citation, celle-ci n'a aujourd'hui aucun effet sur la prescription, si elle n'est suivie *dans le mois*, d'une assignation devant le tribunal compétent. Il n'est donc plus permis de dire que, dans le cas d'une action annale par sa nature, cette action serait prescrite, s'il s'était écoulé un an entre la citation et *l'assignation.* Il faut dire, au contraire, que si l'ajournement n'a pas été donné dans le mois, la licitation est réputée non avenue, et que, par conséquent, la prescription s'accomplit comme s'il n'y avait pas eu de citation. Il en est de même de toute action prescriptible par un laps de temps au-dessous de trente ans, comme celle en nullité ou en rescision pour cause de lésion, que l'art. 1304 du Code civil limite à dix ans (art. 1676). **Carr.**

[Il en serait encore ainsi, alors même que le délai de la prescription serait égal ou inférieur à un mois, comme le fait observer M. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 155.]

[[La durée indéfinie, ou au moins trentenaire de la citation en conciliation, est aussi adoptée par MM. THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 144, et BOITARD, t. 1, p. 166 et suiv. M. FAVARD DE LANGLADE, t. 1, p. 632, n° 3, estime, au contraire, qu'elle est soumise à la péremption de trois ans, prononcée par l'article 397 du Code de procédure civile contre toute instance, non pas que le préliminaire de conciliation soit une instance, ce qu'il nie avec tous les auteurs, mais « parce qu'il y aurait même raison de décider dans les deux cas, et parce qu'il est bien plus présumable que la partie qui, après avoir inutilement essayé la conciliation, reste trois ans sans former sa demande, en a abandonné le projet, qu'il n'est à croire que celle qui s'est enfoncée dans un procès a l'intention de ne plus le continuer, lorsqu'elle reste trois ans sans le poursuivre. » M. DALLOZ. t. 3, p. 709, n° 24, appuie ce système de son assentiment.

M. BONCENNE, t. 2, p. 60 et suiv., qui ne trouve pas ces motifs suffisants, en cherche un autre, péremptoire d'après lui, dans la discussion du conseil d'État.

« On discutait, dit-il, au Conseil d'État, l'art. 57. Un des membres demanda quel motif on avait pour n'attacher à la citation en conciliation l'effet d'interrompre la prescription que lorsque l'action aurait été intentée dans le mois, le rapporteur répondit : « On n'a voulu faire de la citation un moyen d'interrompre la prescription que quand elle sera réellement le préliminaire de l'action, à qui seule cet effet appartient ; il ne faut pas que la partie puisse se borner à citer en conciliation *tous les trois ans*, en éludant toujours de faire juger son droit. »

« Le procès-verbal de la séance ne fait mention d'aucune remarque sur ces paroles, et l'article fut adopté. (LOCRÉ, t. 21, p. 254, n° 12.)

« On regardait donc comme un point arrêté que l'effet du préliminaire de conciliation devait s'éteindre après trois ans, et que, ce délai passé, il faudrait recommencer. »

Quoique cette opinion puisse soulever quelques doutes, elle ne nous paraît pas décisive, surtout si l'on considère qu'à l'époque où le conseil s'occupait du titre de la *Conciliation*, les principes qu'on adopterait à l'égard de la péremption étaient encore incertains ; notamment, on ne savait pas si on introduirait une péremption de plein droit, ou bien si elle aurait besoin d'être demandée. Or, la péremption du préliminaire de conciliation, qui serait admissible peut-être dans le cas d'une péremption de plein droit, n'a plus aucun sens dans le système consacré par l'art. 399 du Code de procédure civile.

Car si d'un côté cette péremption ne court point de plein droit, on ne voit pas de l'autre quel intérêt aurait le défendeur à la demander, puisqu'elle n'a fait courir contre lui ni la prescription, ni les intérêts ; et dès lors elle demeurerait toujours sans application.

Nous pensons donc que le préliminaire de conciliation ne tombe jamais en péremption, et même qu'il n'est pas atteint par la péremption acquise contre l'instance qu'il avait précédée, en sorte que si cette instance est renouvelée, elle peut l'être sur le fondement de la tentative originaire, et, sans nouvel essai, au bureau de paix. Ce dernier point a été consacré par arrêts des Cours d'Agen, 7 mars 1808 (*J. Av.*, t. 18, p. 416), et de Grenoble, 6 mars 1823 (*J. Av.*, t. 25, p. 76).

C'est aussi l'opinion de M. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 677. M. Carré est revenu lui-même à cette opinion, dans sa *Quest.* 1449 *bis*. *Voy.* aussi notre *Quest.* 1410 *bis*.]] **Supp., alph.**, v° *Concil.*, n. 144 et 145.

Supp. alph., n. 246 et 247. *L'héritier peut-il être assigné sans conciliation quand son auteur a subi l'essai?*

251. *L'art. 57 est-il applicable à la citation donnée sous l'empire de la loi du 24 août 1790, et qui, depuis la promulgation du Code, n'a pas été suivie d'une assignation dans le mois?*

Par arrêt du 27 avril 1814, la Cour de cassation a résolu cette question pour l'affirmative. (*S.*, t. 17, 1re part., p. 269, et *J. Av.*, t. 7, p. 231.) C'est une conséquence du principe que les lois nouvelles qui prescrivent des formalités protectrices d'un droit, ont effet sur le passé, en ce sens qu'elles obligent à remplir ces formalités, encore bien que le droit à conserver ait été créé antérieurement à ces mêmes lois. La Cour de Toulouse avait jugé le contraire. (BERRIAT, p. 192, not. 3.)

[[Une solution contraire avait été consacrée par la Cour de Toulouse le 15 mai 1808 (*J. Av.*, t. 7, p. 226); mais les Cours de Montpellier, 30 décembre 1812 (*J. Av.*, t. 7, p. 229, et de Bourges, 2 juin 1824 (*J. Av.*, t. 27, p. 223), et 24 avril 1828 (*J. Av.*, t. 35, p. 351), ont adopté la doctrine de la Cour de cassation, qui nous paraît exacte, et que celle-ci a de nouveau sanctionnée par arrêt du 29 juin 1829 (*S.*, t. 29, 1re part., p. 358).]]

[[**251 bis.** *La citation en conciliation sur laquelle intervient un compromis, interrompt-elle la prescription?*

Oui, encore qu'elle ne soit pas suivie d'assignation en justice, parce que la nomination d'arbitres produit le même effet que cette assignation.

C'est ce qu'ont jugé, en principe, deux arrêts, l'un de la Cour de Paris, 9 juin 1826 (DALLOZ, 1831, 2e part., p. 10); l'autre, de la Cour de Grenoble, 1er août 1833 (*J. Av.*, t. 47, p. 495); mais ces arrêts diffèrent en ce que le premier accorde l'interruption, alors même que le compromis s'est éteint par défaut de jugement dans les délais prescrits, tandis que le second décide que l'interruption n'a pas lieu dans ce cas. Nous partageons ce dernier avis; car un compromis, qui n'a pas de suites, doit être assimilé à une instance qui est tombée en péremption. Or, celle-ci ne pourrait être invoquée, d'après l'article 401, pour donner ou pour conserver à la citation en conciliation la force interruptive: il en doit être de même du compromis périmé.]]

252. *Les intérêts ne courent-ils qu'autant qu'ils sont spécialement et expressément demandés?*

Notre art. 57 se rapporte à la dernière disposition de l'art. 1153 du Code civil. Or, disent M. MERLIN (*Nouv. Répert.*, v° *intérêt*, § 4), et M. TOULLIER (t. 6, p. 317), ces mots : *du jour de la demande*, insérés dans l'art. 1153, ne peuvent s'entendre que du jour où le créancier a conclu aux intérêts; car le législateur ne dit pas *du jour de la demande* PRINCIPALE, il dit simplement *du jour de la demande;* et comme il ne parle que des *intérêts*, ce n'est qu'aux intérêts que l'on peut rapporter ses expressions. Et, en effet, ce même article porte que la demande d'intérêts formée contre l'un des débiteurs solidaires fait courir les intérêts à l'égard de tous : il ne suffit donc pas de demander le capital, il faut conclure formellement à la condamnation aux intérêts. Par ces motifs, nous nous croirions fondé à dire que la citation n'opère l'effet de faire courir les intérêts, qu'autant que l'exploit introductif de l'action qui suit le défaut de conciliation contient, à leur égard, des conclusions spéciales et formelles (1).

(1) L'auteur de l'*Essai sur les tribunaux de paix*, critique cette opinion. « L'art. 1153, « dit-il, n'a pour objet que d'évaluer les « dommages-intérêts quand l'obligation

[[Sur cette question de pur droit civil, nous nous contenterons de citer les opinions conformes de M. THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 143, et contraire, de MM. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 155, et BOITARD, t. 1, p. 165. Nous inclinerions volontiers vers ce dernier avis.]] Supp., p. 45.

253. *La citation en conciliation fait-elle courir les fruits civils de même que les intérêts?*

C'est demander, en d'autres termes, ce qu'il faut entendre par le mot *intérêt*, et s'il ne s'applique, dans l'article, qu'aux revenus ou au produit d'un capital.

Nous pensons, avec les auteurs du *Praticien*, t. 1, p. 268, que ce serait trop restreindre cet article; du moins nous ne voyons aucune raison qui exige une autre décision pour les fruits : par induction de l'art. 584 du Code civil, la citation les fait courir comme les intérêts d'une somme d'argent.

[[Cette solution, que donne aussi M. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 155, nous paraît évidente.]]

Supp., p. 45. *Le juge de paix ne peut connaître des frais du préliminaire de conciliation.* Q. 253 *bis*.

ART. 58. En cas de non-comparution de l'une des parties, en sera fait mention sur le registre du greffe de la justice de paix, et sur l'original ou la copie de la citation, sans qu'il soit besoin de dresser procès-verbal.

Tarif, 13. — [Notre Comm. du Tarif, t. 1, p. 45, n° 16.] — Code de proc., art. 54, 65. — [Notre Dict. gén. de Proc., v° *Conciliation*, n° 97.—Arm. Dalloz, *eod*, n° 127.—Carré, *Justices de paix*, t. 4, p. 204, n° 3023.]

XLIX. Le procès-verbal n'est utile que pour constater les déclarations des parties, il serait frustratoire, lorsque l'une d'elles ne comparaît pas. Le législateur a dû déclarer, par conséquent, qu'il suffisait de faire mention de la présence de l'une et de l'absence de l'autre : il n'y a rien autre chose à constater.

Add. — Nous n'avons rien autre chose à ajouter à cet article, si ce n'est que

---

« qu'on tarde d'accomplir consiste dans le « paiement d'une somme d'argent, et il en « faut revenir à l'art. 1146, qui a posé le « principe de la matière. D'après cet article, « les dommages-intérêts sont dus lorsque le « débiteur est en demeure de remplir son « obligation, et suivant l'art. 1139, le débi- « teur peut être constitué en demeure par « une sommation ou un acte équivalent. La « condamnation aux intérêts fixés par la « loi n'ayant lieu que pour récompenser le « créancier du dommage que lui cause la « privation d'une somme de deniers qu'il « peut être forcé d'emprunter ailleurs, il « nous semble, ajoute l'auteur, que ce dé- « dommagement doit lui être accordé du « jour qu'il a constaté le défaut d'accom- « plissement de l'obligation par la demande « du capital, conformément à l'art. 1139. » (V. aussi art. 1904.)

Telle est aussi l'opinion de M. Delvincourt.

Dans le conflit qu'établit le sentiment contraire de M. Merlin et de notre respectable collègue M. Toullier, nous avons adopté leur doctrine, attendu sa conformité avec l'usage le plus généralement suivi dans l'ancienne jurisprudence. En effet, Duparc, dans son précis des actes de notoriété du Parlement et du barreau de Bretagne, rapporte que, « pour acquérir les intérêts, il en faut une « demande répétée en justice; que la simple « comparution du créancier et du débiteur, « avec condamnation d'intérêts, *sans une* « *demande précédente*, n'a aucun effet. » — Ce même auteur, dans ses *Principes*, t. 7, p. 51, n° 77, applique cette décision même aux intérêts de sommes léguées. Enfin, on peut voir dans les *Questions* de Bretonnier, v° *Intérêts*, que telle était la jurisprudence du Châtelet de Paris.

la mention qu'il prescrit est dispensée de droit d'enregistrement. (*Décision du ministre des finances, du 7 juin* 1808, *S.*, t. 8, 2e *part.*, p. 229.) **Carr.**

SECONDE DIVISION.

De la procédure simple ou ordinaire.

Les dispositions comprises dans les tit. 2 et suivants, jusqu'au 8e inclus, établissent cette procédure simple et rapide qui a nécessairement lieu dans toutes les affaires civiles, et qui suffit à celles d'entre elles qui sont dégagées d'incidents, dont l'instruction et le jugement exigeraient d'autres formalités. (*V. suprà*, p. 206.)

« Le législateur suppose une action à intenter. Devant quel juge sera-t-elle « portée? Quelle en sera la forme, et dans quel délai le défendeur sera-t-il « appelé? *V.* tit. 2.)

« Comment constatera-t-il sa comparution? Comment proposera-t-il sa dé- « fense? Comment sera-t-elle contredite? Combien d'écrits pourront être si- « gnifiés? (Tit. 3.)

« Quelles causes exigeront l'intervention du ministère public? (Tit. 4.)

« Lorsque les parties sont présentes à l'audience, quelle conduite de- « vront-elles y tenir, ainsi que les officiers ministériels et le public lui-même? « Quels moyens seront donnés au juge pour les empêcher de s'en écarter? « (Tit. 5.)

« Soit que les parties aient été entendues en contradictoire défense, soit « que l'une d'elles eût négligé de comparaître, le juge doit prononcer sur la « demande. Dans les deux cas, si la décision dépend de l'examen réfléchi, « ou de l'application combinée de titres, ou d'opérations de calcul; si « encore l'instruction qui a précédé la plaidoirie n'est pas complète, « comment devra-t-on procéder pour que le juge délibère avec une entière « connaissance de cause et dans le silence de la chambre du conseil? (Tit. 6.)

« Enfin, comment se formera sa décision? Dans quelle forme sera-t-elle ré- « digée? (Tit. 7.)

« Quelles seront les règles particulières à appliquer en cas de défaut? Dans « quel délai et suivant quelle forme pourra-t-on se pourvoir pour faire rétracter « le jugement rendu dans cette circonstance? (Tit. 8.)

« Tels sont les objets de cette procédure simple et rapide, qui, sans entraves, « conduit le plaideur depuis la demande jusqu'au jugement. » (*Observations préliminaires du projet de Code, par la commission nommée en* 1804. (V. *suprà*, Introd. gén.)

Elle offre, dans un cadre très rapproché, les moyens et la fin de toute procédure judiciaire. Quelque compliquée que l'on puisse, en effet, supposer une affaire, quelques nombreuses que soient, par conséquent, les formalités qu'elle exige, toutes ces formalités, toutes les règles à suivre en procédant se rapporteront toujours à ces trois points essentiels la *demande*, l'*instruction* et le *jugement*.

TITRE II.

De l'Ajournement.

Ordonn. de 1667, tit. 2.

Nous avons dit, p. 3, aux notes, que l'on appelait *ajournement* l'assignation donnée devant un tribunal civil.

C'est donc l'acte par lequel un huissier dénonce à une ou plusieurs personnes une demande qu'une autre forme contre elles, avec sommation de comparaître à certain délai devant le tribunal compétent.

Pour que l'ajournement remplisse l'objet indiqué par cette définition, la loi l'assujettit à diverses formalités, dont les unes sont *intrinsèques*, les autres *extrinsèques*.

Les formalités *intrinsèques* sont celles qui, comme nous l'avons dit en parlant de la citation, p. 5, tiennent à la substance de l'acte, parce qu'elles en sont comme les parties intégrantes; de sorte qu'il ne serait plus considéré comme un exploit de demande, comme un *ajournement*, et qu'il serait conséquemment réputé non avenu, si une seule d'entre elles était omise, ou du moins si l'huissier ne l'avait pas remplie d'une manière rigoureusement équivalente.

Les art. 61, 64 et 68 indiquent ces formalités essentielles.

Elles ont pour objet de faire connaître, par l'exploit même, 1° la partie à la requête de laquelle la demande est formée, celle contre qui elle est dirigée; 2° quand et par quel huissier elle est notifiée; 3° quel est l'avoué qui sera chargé de la poursuivre; 4° pour quel objet elle a lieu et sur quel moyen elle est fondée (61 et 64); 5° devant quel tribunal et dans quel délai le défendeur devra comparaître (59, 61, 72, 73 et 74); 6° enfin, à qui et à quel domicile elle a été signifiée (68, 69 et 70).

Les formalités *extrinsèques* sont, au contraire, celles qui ne font pas partie intégrante de l'acte, parce qu'elles ne sont prescrites qu'accessoirement. Tels sont, entre autres, 1° l'enregistrement de l'exploit (loi du 22 frimaire an 7, art. 24); 2° la copie du procès-verbal de non-conciliation, ou la mention de la non-comparution (65, 1re disposition); 3° la copie des titres sur lesquels la demande est fondée (65, 2e disposition); 4° La mention du coût de l'exploit (67).

Quoique seulement accessoires, ces formalités n'en sont pas moins quelquefois exigées, à peine de nullité (65, 1re disposition). Mais le plus souvent leur omission ne donne lieu qu'à des amendes ou à la perte des frais, qui, en plusieurs cas, tombent à la charge de l'huissier (71).

Cette obligation que la loi impose aux huissiers de remplir exactement les formalités qu'elle a prescrites, n'est pas la seule précaution qu'elle ait prise dans l'intérêt des parties, concernant ces officiers ministériels. Elle leur défend, en outre, à peine de nullité, d'instrumenter pour leurs parents et alliés (66), et de signifier les exploits un jour de fête légale (63). Elle déclare enfin que dans le cas de déplacement du lieu de leur résidence, il ne leur sera payé qu'une journée au plus (art. 62).

L'ajournement a sept effets principaux :

1° Il oblige les deux parties à comparaître, sous les peines du défaut. (*V.* tit. 8.)

2° Il suspend les poursuites du demandeur jusqu'à l'expiration du délai fixé pour la comparution, et retient les deux parties en instance jusqu'au jugement définitif. (*Nouv. Répert.*, au mot *Compte*, § 2.)

3° Il saisit le juge de la cause, c'est-à-dire qu'il lui impose le devoir de la juger, s'il reconnaît qu'il est compétent à cet effet.

4° Il détermine la valeur de la demande principale, d'après laquelle le jugement doit être rendu en premier ou dernier ressort, c'est-à-dire à charge d'appel ou sans appel.

5° Il interrompt la prescription, même lorsqu'il est donné devant un juge incompétent [[ce qui avait aussi lieu sous l'ancienne législation, au moins quand l'incompétence n'était que relative: Pau, 21 avril 1830 (TAJAN, t. 22, p.

36)]], mais non pas lorsqu'il est nul, périmé ou abandonné. (*V.* C. C., articles 2246, 2247.)

6° Il fait courir les intérêts. (*V.* C. C., art. 1153, 1155, 1207, 1479, 1682, 1904.)

[[Encore qu'il soit donné devant un juge incompétent; Paris, 27 juin 1816 (*J. Av.*, t. 13, p. 237), et quoiqu'il n'ait pas été suivi de condamnation; Cass., 17 novembre 1807 (*J. Av.*, t. 13, p. 105); mais un simple commandement, étant un acte extrajudiciaire et non une *demande* en justice, ne peut faire courir les intérêts des intérêts; Cass., 16 novembre 1826 (*J. Av.*, t. 32, p. 344).]]

7° Enfin, il constitue en mauvaise foi le possesseur de l'objet qui serait revendiqué. (*V.* C. C., art. 549 et 550).

Add. — En lisant les notions de doctrine que nous venons d'exposer sommairement, il est indispensable d'étudier la théorie et l'historique qu'en a données M. BONCENNE (1), théorie qui repose sur deux principes fondamentaux:

1° Nul, dans l'état social, ne peut se rendre justice par soi-même, et doit l'obtenir de l'autorité du juge;

2° Nul ne peut être condamné s'il n'a pu se défendre, d'où la conséquence nécessaire qu'il doit être averti de l'action judiciaire que l'on forme contre lui, garantie indispensable du droit de défense que l'on trouve dans *l'ajournement.* **Carr.**

[[On lit aussi, dans le même auteur, t. 2, p. 244, une énumération pareille à celle de M. Carré des effets que produit l'ajournement.]]

ART. 59. En matière *personnelle* (2), le défendeur sera assigné devant le tribunal de son domicile; s'il n'a pas de domicile, devant le tribunal de *sa résidence* (3);

S'il y a plusieurs défendeurs, devant le tribunal du domicile de l'un d'eux, au choix du demandeur;

En matière réelle (4), devant le tribunal de la situation de l'objet litigieux;

En matière mixte (5), devant le juge de la situation, ou devant le juge du domicile du défendeur;

En matière de société, tant qu'elle existe, devant le juge du lieu où elle est établie;

En matière de succession, 1° sur les demandes entre héritiers, jusqu'au partage inclusivement; 2° sur les demandes qui seraient intentées par des créanciers du défunt, avant le partage; 3° sur les

---

(1) T. 2, p. 64. *V.* aussi le *Dictionnaire universel du Droit français* de M. Pailliet, au mot *Ajournement*, et les notions qui précèdent les arrêts rapportés au *J. Av.*, au mot *Exploit*, t. 13, p. 1.

(2) *Personnelle. V.* ci-dessus le commentaire sur l'art. 2, n° 11.

(3) *De sa résidence.* Les art. 102 et 103 du Code civil indiquent ce que c'est que le domicile. Si l'on ne connaît pas le domicile actuel, on doit regarder l'ancien comme le véritable; si l'on ne connaît ni l'un ni l'autre, ou si le défendeur n'en a point, on l'assigne au lieu de sa résidence. Il est à remarquer que le demandeur est toujours censé connaître le nouveau domicile du défendeur s'il a déclaré l'intention de changer à la mairie de l'ancien. (C. C., art. 103.)

[Si l'on ne connaît pas la résidence, dit M. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 161, parce que le défendeur n'en a jamais eu, alors la règle étant impossible à observer, on assigne le défendeur devant le domicile du demandeur. S'il n'est qu'absent de son ancienne résidence, et qu'on ne sache où il est, il faut se conformer à la procédure en matière d'absence, *Voy.* la *Quest.* 371 *bis.*]

(4) *Réelle. V.* ci-dessous *Quest.* 258.

(5) *Mixte V.* ci-dessous *Quest.* 259

demandes relatives à l'exécution des dispositions à cause de mort, jusqu'au jugement définitif, devant le tribunal du lieu où la succession est ouverte;

En matière de faillite, devant le juge du domicile du failli

En matière de garantie, devant le juge où la demande originaire sera pendante;

Enfin, en cas d'élection de domicile pour l'exécution d'un acte devant le tribunal du domicile élu, ou devant le tribunal du domicil réel du défendeur, conformément à l'art. 111 du Code civil.

Tarif, 27, 68.—Code de procédure, art. 2, 50, 61, 68, 175, 181, 356, 363, 470, 527, 567. — Code c art. 102 et 111.—Code de comm., art. 440 et 633.— [Notre Dict. gén. de proc., vis *Exploit*, nos 159, 403, 404, 406 à 408; *Faux incident*, n° 55; *Garantie*, n° 23; *Renvoi*, n° 84; *Tribunaux*, nos 157 à 160, 173 à 179; 190 à 192; 194, 196 à 218.—Devilleneuve, vo *Ajournement*, nos 31 à 36.— Carré, *Comp*, 2e part., liv. 2. tit. 1er et tit. 2, éd. in-8o, t. 3, p. 258 à 437; 2e part, liv. 3, tit. 4, chap. 2, appendice à l'art. 386, t. 7, p. 259, et 2e part., liv. 3, tit. 4, chap. 2, art. 398, t. 7, p. 362 à 393.— Locré, t. 21, p. 254, n° 15, p. 399, n° 36, et p. 401. n° 37.—QUESTIONS TRAITÉES : Si la loi exige que toute demande personnelle soit portée au tribunal du domicile du défendeur, le changement du domicile pendant l'instance n'entraînerait-il pas du moins le renvoi de la cause devant le juge du nouveau domicile? *Q.* 254.—La deuxième disposition de l'art. 59 doit-elle recevoir son application lorsque les défendeurs ne sont pas obligés d'une manière égale et semblable? *Q.* 255.—Mais si plusieurs personnes ont contracté ensemble, sans solidarité, une obligation divisible, comme si elles ont emprunté ensemble une somme d'argent, y a-t-il lieu à la faculté accordée par la deuxième disposition de l'art. 59? *Q.* 256.—Lorsque le véritable intérêt de la cause est tout entier entre deux individus, le demandeur peut-il se donner plusieurs adversaires, pour avoir l'occasion de distraire le défendeur principal de ses juges naturels? *Q.* 257.—L'action personnelle intentée contre un régnicole et un étranger simultanément peut-elle être portée devant un tribunal quelconque du royaume, ou bien doit-elle l'être devant celui du domicile du regnicole? *Q.* 257 *bis*. — Qu'entend-on par actions réelles? *Q.* 258. — Quel est le tribunal compétent pour connaître d'une action en bornage, si les héritages qu'il s'agit de borner sont situés dans divers arrondissements? *Q.* 258 *bis*.—Qu'est-ce que l'action mixte? *Q.* 259. — Le demandeur qui, en matière mixte, a cité son adversaire en conciliation devant le juge de paix du domicile, ne peut-il plus jouir, pour l'ajournement, devant le tribunal de l'option que lui accorde l'art. 59? *Q.* 259 *bis*.—Les demandes en rescision de partage et en garantie des lots entre associés doivent-elles être soumises au tribunal du lieu où la société a existé? *Q.* 260.—Si l'on ne connaissait point de lieu où existât l'établissement social, où se porterait l'action? *Q.* 261. —L'art. 59, § 5, détermine-t-il la compétence même pour les actions réelles ou mixtes qui intéressent la société? *Q.* 261 *bis*. — L'art. 59, § 5, s'applique-t-il aux actions intentées au nom de la société contre des tiers? *Q.* 261 *ter*. — La compétence déterminée par l'art. 59, § 5, est-elle applicable au cas où l'individu actionné comme sociétaire décline cette qualité? *Q.* 261 *quater*. — L'art. 59, § 5, est-il applicable à l'action pour l'accomplissement d'un bail à cheptel? *Q.* 261 *quinquies*. — S'il y a eu partage d'une partie des biens de la succession, en sorte qu'il soit resté quelques biens indivis, devra-t-on assigner, pour le partage de ces biens, devant le tribunal du lieu de l'ouverture de la succession? *Q.* 262. — Les actions en garantie des lots ou en rescision du partage, doivent-elles être portées devant le tribunal de l'ouverture? *Q.* 262 *bis*. — Lorsqu'une succession s'est ouverte en pays étranger au profit d'héritiers étrangers ou autres, l'action en partage des biens immeubles de cette succession situés en France, doit-elle être portée devant le tribunal du lieu de l'ouverture? *Q.* 262 *ter*. — Quelles sont les demandes que, soit leur nature, soit leur connexité avec les affaires d'une succession ont fait attribuer par la jurisprudence au tribunal de l'ouverture? *Q.* 262 *quater*. — L'action en revendication d'un immeuble doit-elle être portée devant le juge du lieu où la succession est ouverte? *Q.* 263.—L'art. 59, § 6, n° 3. est-il applicable aux actions intentées par la succession contre des tiers? la règle qu'il consacre est-elle dans l'intérêt de l'héritier universel, ou du créancier, ou tous les deux peuvent-ils y renoncer? *Q.* 263 *bis*. — L'action d'un créancier contre une succession dévolue à un seul héritier, doit-elle aussi être portée devant le tribunal de l'ouverture? *Q.* 263 *ter*. — Que faut-il entendre par ces mots de l'art. 59, § 6, n° 3 : *Jusqu'au jugement définitif*? *Q.* 263 *quater*. — L'exécuteur testamentaire doit-il être assigné en reddition de compte devant le tribunal de son domicile ou devant celui de l'ouverture de la succession? *Q.* 263 *quinquies*.—De ce que la septième disposition de l'art. 50 porte qu'en matière de faillite, on assignera devant le juge du domicile du failli, doit-on conclure que le failli ou les syndics puissent, en demandant, assigner devant le juge du propre domicile du failli? *Q.* 264. — La compétence fixée par l'art. 59 en matière de faillite s'applique-t-elle aux actions réelles ou mixtes? *Q.* 264 *bis*. — N'appartient-il qu'au défendeur originaire de profiter du bénéfice accordé par la huitième disposition de l'art. 59? *Q.* 265. — Mais le demandeur peut-il mettre en cause le garant du défendeur? *Q.* 266. — Une caution solidaire assignée avec le débiteur principal, et devant le juge du domicile de ce dernier, peut-elle se plaindre de ce que celui-ci n'a pas été traduit devant les juges de son propre domicile? *Q.* 267. — L'accepteur d'une lettre de change peut-il être traduit à fin de condamnation au paiement de cette lettre devant le tribunal du domicile de l'endosseur, encore que ce ne soit pas celui du lieu? *Q* 268. — Si le garant est Français, et que la demande originaire soit pendante dans une juridiction étrangère, y aurait-il lieu à l'application de l'art. 59, et *vice versâ*.

Q. 269. — Lorsqu'il résulte de la convention que l'élection de domicile a eu lieu dans l'intérêt même du défendeur qui l'a faite, le demandeur aurait-il néanmoins le choix entre le tribunal du domicile réel et celui du domicile élu? *Q.* 270. — Si le demandeur avait assigné le défendeur devant le juge du domicile élu, pourrait-il, en se désistant de cette assignation, l'assigner devant le juge du domicile réel, et *vice versa*? *Q.* 271. — Mais du moins les parties pourraient-elles se désister de l'élection de domicile avant d'avoir intenté l'action? *Q.* 272.—L'élection de domicile produit-elle ses effets entre les héritiers du défendeur? *Q.* 273.—Mais *quid juris*, si la personne chez laquelle le domicile est élu meurt, ou transporte ailleurs sa demeure? *Q.* 274.—Lorsqu'un lieu a été indiqué dans un acte pour le paiement de l'obligation qu'il contient, le juge de ce lieu est-il compétent pour en connaître? *Q.* 274 *bis*. — Peut-on faire valablement au domicile élu pour l'exécution d'un acte, les poursuites en exécution d'un jugement rendu par suite de cet acte? *Q.* 274 *ter*. — L'élection légale de domicile prescrite pour les commandements par l'art. 554 du Code pr. civ. révoque-t-elle l'élection conventionnelle et change-t-elle la compétence que celle-ci avait déterminée? *Quid* de l'élection que doit contenir une opposition à mariage? *Q.* 274 *quat.*— La demande en rescision de l'acte qui contient l'élection de domicile, peut-elle être portée devant le juge de ce domicile élu? *Q.* 275.]

V. *infrà*, p. 283, Q. 254 *bis*; p. 288, Q. 260 *bis*; p. 292, Q. 262 *quinq.* et 262 *sexies*.

L. Les lois particulières à la compétence des tribunaux civils d'arrondissement l'ont déterminée, par la nature et l'objet des actions (loi du 24 août 1790, tit. 4, art. 4) (1). Le Code de procédure indique, dans les diverses dispositions de l'art. 59, celui de ces tribunaux également *compétents à raison de la matière*, devant lequel, en considération du domicile du défendeur ou de la situation de la chose litigieuse, telle ou telle action sera portée (2). Et elles consacrent derechef les deux principes dont nous avons parlé sur les art. 2 et 50, et ont été dictées par les mêmes motifs que celui de l'art. 50, sauf la différence qu'elles présentent relativement aux actions réelles. (V. *suprà*, p. 6 et 103.)

Add. — Les dispositions de l'art. 59 ayant donc une relation intime avec les principes de la compétence, c'est dans notre Traité des lois qui règlent cette matière, que nous avons pris soin d'en approfondir les doctrines, et de discuter un grand nombre de questions, que ne contient point celui des lois de la procédure. Le premier offre donc, sur l'art. 59, comme sur l'art. 60, le supplément naturel du second.

Ainsi, premièrement, l'on devra, sur les première et seconde dispositions du premier de ces articles, relatives aux *actions personnelles*, ajouter ce que nous avons dit ici, ce qui compose les art. 225, 226 et 227 de notre *Traité des lois de la Compétence*, édit. in-8°, t. 3, p. 277 à 295.

Secondement, sur la troisième disposition, relative aux *actions réelles*, les art. 229, 230 et 231 du même Traité, édit. in-8°, t. 3, p. 312 à 349.

Troisièmement, sur la quatrième, relative aux *actions mixtes*, les art. 236 et 237 du même Traité, édit. in-8°, t. 3, p. 366 à 387.

Quatrièmement, sur la cinquième, relative aux *actions en matière de société*, l'art. 245 du même Traité, édit. in-8°, t. 3, p. 405 à 407.

Cinquièmement, sur la sixième, relative aux *actions en matière de succession*, les art. 240 et 241 du même Traité, édit. in-8°, t. 3, p. 394 à 399.

Sixièmement, sur la septième, relative aux *actions en matière de faillite*, l'art. 246 du même Traité, édit. in-8°, t. 3, p. 407 à 430.

Mais l'art. 59 ne contient aucunes dispositions qui indiquent le tribunal devant lequel on doit porter les actions dirigées par un Français contre un étranger [[en vertu de l'art. 14 du Code civil]]. Nous avons suppléé à ce silence par l'art. 228, que nous avons rédigé dans le même *Traité des lois d'organisation et de compétence*. Il est donc indispensable d'ajouter à notre *Com-*

---

(1) *Voy.* notre *Traité des lois d'organis. et de compétence*, liv. II, tit. 1er, art. 225 et suiv., et liv. III, tit. 3, chap. 2, art. 352.

(2) Même *Traité*, liv. II, tit. 5, et suiv.

mentaire et aux *Questions* sur l'art. 59, ce que nous avons dit à ce sujet, t. 3 de ce Traité, édit. in-8°, p. 295 à 310 (1). **Carr.**

[[M. Carré nous apprend lui-même qu'il a renvoyé à son beau travail sur la compétence judiciaire tout ce qui était relatif à la division des actions; c'est dans ce livre que se trouve le véritable commentaire de l'article 59 du Code de procédure. M. Victor Foucher a recueilli avec soin et a examiné tous les documents nouveaux, offerts par la jurisprudence et la doctrine, dans son édition de 1833.

Nous jugeons donc inutile de revenir en détail sur cette importante matière; nous nous contenterons de consigner ici quelques réflexions sur la nature des *actions mixtes*.

C'est à tort, selon nous du moins, que le législateur de 1790 et celui de 1807 ont emprunté à l'ancien langage juridique le mot *mixte*, pour qualifier une action, et nous félicitons celui de 1838 de s'être abstenu.... Il a fait sagement. Peut-être eût-il été plus sage encore, s'il eût tranché au vif la difficulté et s'il eût décidé que toute chose demandée était *mobilière* ou *immobilière*, qu'elle ne pouvait pas être l'une et l'autre, et qu'il était fort inutile de s'occuper alors d'une qualité hermaphrodite, impossible à réaliser.

M. BENECH, lui-même, dans son *Traité des tribunaux de première instance*, p. 295, est forcé de détacher des actions qualifiées *actions mixtes*, les demandes en bornage qui lui paraissent être évidemment des demandes *immobilières*. Disons de suite que nous employons à dessein les expressions *mobilière* et *immobilière*, en les appliquant aux demandes en justice, parce qu'elles rendent avec plus d'exactitude la pensée véritable du législateur; le mot personnelle est dans la loi le synonyme de *mobilière*, et le mot réelle celui d'*immobilière*. Les demandes en partage, pour prendre encore un exemple dans l'énonciation tribonienne, concerne presque toujours des meubles et des immeubles, et le législateur a attribué juridiction à un tribunal spécial qui peut n'être ni celui du domicile du défendeur, ni celui de la situation de l'objet litigieux.

Les demandes *mixtes*, dit-on, tirent leur origine d'un mélange de *personnalité* et de *réalité*, et M. Benech cite le cas où Pierre exerce une demande en rescision de bail à rente en y joignant 600 fr. de dommages-intérêts.

Il n'y a dans cette demande aucun caractère de personnalité, parce que la demande *mobilière* se confond avec la demande immobilière, qui est la demande principale. Qu'a demandé Pierre? son *héritage;* c'est à l'aide d'une rescision qu'il veut l'obtenir; ce n'est qu'un moyen, et pour qualifier la demande, le but seul doit être examiné.

S'agira-t-il d'une action en nullité pour cause de dol et fraude, en révocation de donation pour cause d'ingratitude, l'action sera mobilière ou immobilière, selon que l'objet vendu ou donné sera un *meuble* ou un *immeuble;* le demandeur ne réclamant pas une somme pécuniaire, mais un meuble ou un immeuble, la compétence ne peut être un instant douteuse (2).

Si la donation avait compris des meubles et des immeubles, l'action pourrait

---

(1) [On peut consulter aussi, sur ce point et sur la compétence des tribunaux français entre étrangers, les nombreuses décisions rapportées dans notre Dictionn. gén. de pr., v° *Tribunaux*, n°s 329 à 398.]

(2) [Les demandes en supplément pour cause de vilité de prix ont été improprement appelées demandes en rescision. Ce n'est pas le vendeur qui a le droit de demander la rescision, c'est l'acquéreur à qui un supplément de prix est demandé qui a le droit ou de le payer ou d'obtenir la résolution de la vente avec le remboursement de la somme payée par lui. La demande en supplément, comme celle en reliquat de prix, est donc purement mobilière.]

être portée indifféremment devant les tribunaux, soit du domicile, soit de la situation, non pas parce que l'action serait mixte, c'est-à-dire *personnelle* et *réelle*, d'après le langage sévère du droit, mais parce que l'une, au gré du demandeur, sera l'accessoire de l'autre, sans que jamais le défendeur puisse se plaindre, puisque dans l'exploit d'assignation se trouve toujours le germe d'une des deux compétences.

Enfin, en cas de demande en résolution d'une vente, soit pour défaut de paiement de prix, soit pour vilité du prix, on objecte que là est essentiellement le caractère de l'action dite *action mixte*, puisque dans le premier cas la résolution n'est que l'action subsidiaire, et que, dans le second, elle peut n'avoir pas lieu, si l'acquéreur paie un supplément de prix.

Ce raisonnement tend à prouver que cette action en elle-même n'est que personnelle, mais non pas qu'elle est mixte; car, avant d'ordonner la restitution de la chose, il faut vider ce premier point, le préliminaire indispensable : *L'acquéreur doit-il et paie-t-il, soit son prix principal, soit le supplément de prix?*

Dirait-on que la poursuite d'une obligation alternative est une action mixte, parce qu'elle peut avoir pour objet soit un meuble, soit un immeuble? Non sans doute; la demande sera alors mobilière ou immobilière, et comme le choix appartiendra au défendeur, il ne pourra pas évidemment se plaindre d'être assigné devant tel ou tel tribunal, puisqu'il n'a pas fait d'avance sa déclaration ou son option.

Nous répondra-t-on que nous admettons là une action mixte, comme dans le cas de la donation de meubles ou d'immeubles?

Toujours est-il que ce n'est pas M. Benech, si savant professeur de droit romain, et dont le programme est un chef-d'œuvre de clarté, d'érudition et de simplicité, qui contestera que les actions mixtes, telles que nous paraîtrions les admettre, ne ressemblent plus aux actions mixtes de *Gaius* ou de *Tribonnien;* et, comme il ne nous paraît pas douteux que Pothier, que le législateur de 1790 et celui de 1807 ont puisé le mot mixte dans les lois romaines, il en résulte, pour nous, la conséquence invincible que le système que nous proposons repousse l'interprétation donnée à ce mot par les commentateurs.

Pour la compétence, nous ne voyons donc aucune difficulté possible, en laissant de côté les actions en partage d'hérédité ou de chose commune pour lesquelles il y a attribution, et les actions en bornage qui sont évidemment réelles.

Nous arrivons à diviser les demandes en trois grandes catégories; 1° celles qui ne comprennent que des objets mobiliers ou des créances, 2° celles qui n'ont pour objet qu'une chose immobilière; 3° enfin, celles qui présentent deux chefs, ou simultanés ou alternatifs, dont l'un touche une chose mobilière, et l'autre une chose immobilière. Dans les deux premiers cas, le doute n'est pas même permis; dans le troisième, les principes sur la connexité suffisent pour attribuer juridiction à tel ou tel tribunal, au choix du demandeur. Inutile de chercher à interpréter un mot dont la science n'a que faire pour diriger le praticien. Le principe de la connexité est tellement attributif de juridiction, qu'il n'a besoin d'être fortifié par aucun autre.

Que si enfin on objectait les termes de l'article 64 pour maintenir l'expression d'*action mixte*, nous répondrions que, dans notre système, cet article sera applicable toutes les fois qu'il s'agira d'une demande immobilière, soit isolée, soit simultanément introduite avec une demande mobilière.

Pour le premier ou le dernier ressort, la doctrine des actions mixtes est encore plus inutile, s'il est possible. La quotité demandée doit déterminer le ressort. Ce n'est pas telle ou telle partie de la demande qui sera prise en con-

sidération ; c'est la demande tout entière, qu'elle soit *personnelle* ou *réelle*, *personnelle* ET *réelle*. Ce principe est tellement évident qu'il n'a pas besoin d'être développé.]] *Add.* **Supp.**, p. 46.

PREMIÈRE ET SECONDE DISPOSITIONS.

Actions personnelles.

254. *Si la loi exige que toute demande personnelle soit portée au tribunal du domicile du défendeur, le changement du domicile, pendant l'instance, n'entraînerait-il pas, du moins, le renvoi de la cause devant le juge du nouveau domicile?* [[*Quid* en matière de séparation de corps ?]]

La négative est indubitable. « Quand le tribunal est une fois saisi de la cause « (disent les auteurs du *Praticien*, t. 1, p. 286), il doit statuer comme si, dans « l'intervalle, le défendeur n'avait pas changé de domicile ; s'il en était autre- « ment, il serait impossible d'atteindre un débiteur de mauvaise foi perpé- « tuellement *ambulant;* jamais il ne subirait de condamnation. »

Cette opinion a été consacrée par arrêt de la Cour de cassation du 29 mars 1808. (V. *S.*, t. 8, 1re part., p. 318, et *J. Av.*, t. 13, p. 39; Cass., 14 août 1811, *S.*, t. 11, 1re part., p. 353, et *J. P.*, 3e édit., t. 9, p. 556.)

[[Par une raison analogue, l'action réelle, commencée devant le tribunal compétent, peut être continuée devant ce tribunal, quoique l'arrondissement ait été réduit pendant le cours du procès, et que la partie, dans laquelle étaient situés les biens, soit attribuée à un nouveau tribunal; c'est ce que la Cour de Grenoble a jugé, le 26 avril 1815 (*J. Av.*, t. 22, p. 97); et le 4 messidor an XII (*J. Av.*, t. 22, p. 97), il a été décidé par la Cour de cassation, que les procès, une fois entamés devant un tribunal, devaient y rester jusqu'à parfait jugement, quoique, dans l'intervalle, une loi, modificative de la compétence, eût attribué à une autre juridiction les procès semblables.

Tout cela repose sur cette maxime de la L. 30, ff. *de Judiciis*, *ubi acceptum est semel judicium ibi est finem habere debet*, et sur les inconvénients qu'il y aurait à transporter, d'un tribunal à un autre, la connaissance d'une affaire déjà engagée.

Mais on a élevé la question de savoir si, en matière de séparation de corps l'instance devait être considérée comme engagée par l'ordonnance du président portant permission d'assigner, et si le changement de domicile du mari survenu depuis cette ordonnance, mais avant l'assignation, était ou non attributif de la contestation au tribunal de son nouveau domicile.

Deux Cours royales ont décidé que l'assignation produirait l'effet d'engager l'instance. Ce sont la Cour de Colmar, le 12 décembre 1816 (*J. Av.*, t. 22, p. 103), et celle de Lyon, par arrêt du 12 janvier 1825 (*J. Av.*, t. 30, p. 87) contre lequel il a été inutilement formé un pourvoi.

Mais il faut observer que cette dernière Cour s'était fondée tout à la fois et sur la raison de droit prise de ce que l'ajournement devant le tribunal pouvait seul introduire l'instance, raison qu'elle développe, dans les motifs de son arrêt, avec beaucoup de force et d'étendue, et sur les circonstances du fait qui ne permettaient pas de douter que le changement de domicile de l'époux défendeur n'eût été opéré dans le but de distraire l'autre de ses juges naturels. C'est par la considération de ce dernier motif que la Cour de cassation, par arrêt du 27 juillet 1825 (*J. Av.*, t. 30, p. 192), a rejeté le pourvoi dirigé contre celui de la Cour de Lyon. Il paraît d'ailleurs que, sur le point de droit, elle aurait professé une doctrine contraire, qui est approuvée par M. THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 150.

Nous nous rangeons aussi à l'avis de la Cour suprême. Il est difficile de ne pas voir, dans la citation devant le président du tribunal qui doit connaître de la contestation, un commencement de procédure, un engagement d'action; le président n'est pas simplement ici, comme le juge de paix dans les matières ordinaires, un magistrat conciliateur; il a des devoirs de juge à remplir, des mesures provisoires à ordonner : il dispose en quelque sorte les éléments de l'instance, chargé, sans doute, d'en prévenir les suites, si cela est possible; mais aussi d'en diriger la marche et d'en préparer les voies, lorsque la conciliation n'a pas lieu. Nous croyons donc que l'instance est commencée, et la juridiction déterminée par la citation devant le président.

Nous excepterions néanmoins de la rigueur de cette règle le cas où, un intervalle considérable s'étant écoulé entre cette citation et l'ajournement devant le tribunal, l'époux défendeur aurait, sans fraude, changé son domicile. On pourrait alors considérer comme une nouvelle instance la reprise de celle qui aurait été si longtemps interrompue.]] **Supp. alph.**, v° *Ajourn.*, n. 47 et suiv. **Supp. alph.**, n. 22 et 23. *Quel tribunal doit connaître de l'action en désaveu de paternité?*

255. *La deuxième disposition de l'art. 59 doit-elle recevoir son application lorsque les défendeurs ne sont pas obligés d'une manière égale et semblable?*

Nous pensons, avec M. DELAPORTE, t. 1, p. 59, que cette disposition ne doit s'appliquer qu'au cas où tous les défendeurs sont obligés d'une manière égale et semblable.

Si donc l'obligation d'une personne est accessoire à l'obligation d'une autre, c'est le domicile du principal obligé qui détermine la compétence du tribunal; le demandeur, en ce cas, n'aura pas le choix. Ainsi, par exemple, une caution simple sera assignée devant le juge du débiteur principal.

[[C'est ce qu'a jugé la Cour de cassation le 22 décembre 1807 (*J. Av.*, t. 22, p. 37).

On sait que, dans le cas de connexité entre deux affaires pendantes devant deux tribunaux différents, l'art. 171 du Code de procédure civile veut que le tribunal premier saisi soit compétent pour les juger l'une et l'autre, et que celle qui a été engagée en dernier lieu y soit renvoyée. Nous pouvons en conclure, comme le fait M. Carré sous la *Quest.* 729, que l'assignation pour la seconde cause pourrait être donnée directement devant le tribunal saisi de la première, quoiqu'il ne fût pas celui du domicile du défendeur ni de la situation des biens. Outre les décisions rapportées sous la *Quest.* 729, un arrêt de la Cour de cassation du 6 mai 1812 (*J. Av.*, t. 18, p. 822), a encore appliqué ce principe, d'après lequel la Cour de Rouen avait jugé, le 11 fructidor an XII (*J. Av.*, t. 14, p. 331), que l'individu emprisonné en vertu d'un jugement passé en force de chose jugée, et qui veut s'inscrire en faux contre le billet au paiement duquel il a été condamné, doit s'adresser au tribunal du lieu où il est emprisonné, comme juge de la validité de l'emprisonnement.]]

Mais s'il y avait plusieurs débiteurs solidaires d'une même chose, ils seraient valablement assignés devant le juge du domicile de celui d'entre eux que le demandeur voudrait choisir.

Il en serait de même à l'égard des débiteurs d'une obligation indivisible.

[[Ces diverses solutions nous paraissent évidentes, ainsi qu'à M. FAVARD DE LANGLADE, t. 1, p. 131, n° 1. La Cour d'Aix a jugé, le 15 avril 1833 (Tajan, t. 26, p. 426), que les codébiteurs solidaires, assignés en paiement de dommages intérêts, à raison d'un fait indivisible, ne peuvent se soustraire à la juridiction du tribunal devant lequel l'un d'eux s'est engagé, sans fraude, à procéder.]] **Supp.**, p. 48.

256. *Mais si plusieurs personnes ont contracté ensemble, sans solidarité, une obligation divisible, comme si elles ont emprunté ensemble une somme d'argent, y a-t-il lieu à la faculté accordée par la deuxième disposition de l'art. 59?*

M. Delaporte s'explique ainsi sur cette question :

« On dira, pour la négative, que dans ce cas il y a autant de dettes que de « débiteurs, quoiqu'il n'y ait qu'un seul titre; qu'en conséquence il y a autant « d'actions que de créances : d'où l'on conclura qu'il n'y a pas plusieurs dé- « fendeurs à la même action, mais un seul à chacune des actions ; ce qui est « strictement vrai; qu'en conséquence, chacun de ces débiteurs doit être ap- « pelé devant le juge de son domicile.

« On répondra, pour l'affirmative, qu'il n'y a eu réellement qu'un seul prêt, « que ce serait multiplier inutilement les frais, que de forcer le créancier à « diviser son action dans plusieurs tribunaux; que c'est précisément pour « éviter cet inconvénient, que la loi permet de réunir tous les débiteurs dans « le même tribunal.

« Cette opinion ne nous paraît ni plus véritable ni plus exacte dans les ter- « mes du droit; mais elle nous semble la plus conforme à la lettre et à l'esprit « de la loi. »

Nous tenons à cette décision de M. Delaporte. En effet, la loi ne distingue pas le cas où les défendeurs sont solidaires, de celui où ils ne le sont pas; et il est évident que si l'on admettait cette distinction, il en résulterait souvent de très grands inconvénients (1).

[[Nous adoptons aussi cette solution avec MM. FAVARD DE LANGLADE, t. 1, p. 131, n° 1, et BOITARD, t. 1, p. 193. M. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 163, dit que le créancier peut poursuivre chaque débiteur séparément, si l'objet est divisible pour avoir plus tôt exécution et hypothèque, et pour ne pas être obligé d'attendre que tous les délais soient expirés avant de prendre jugement.

---

(1) L'exemple suivant fournira la preuve de l'opinion ci-dessus émise :

Je prête à six individus 12,000 fr.; ils me consentent tous obligation par le même acte et sous leurs signatures privées; ils ne se sont pas obligés solidairement, mais ils ont promis conjointement de me rembourser mon capital dans six mois; ils sont domiciliés sous six tribunaux différents.

S'il faut que j'assigne mes six débiteurs devant les juges de leur domicile, j'introduirai six instances, je n'ai qu'un titre, je ne peux le diviser et le produire devant six tribunaux à la fois. Si je le dépose chez un notaire pour en prendre six expéditions, on me dira, d'après l'art. 1334 du Code civil, que ces copies ne suffisent pas, et que je dois représenter l'original. On ajoutera, d'après l'art. 1322 du même Code, qu'il est d'autant plus nécessaire que je montre l'original, que l'écriture ou la signature pourrait être contestée, et qu'il faut qu'elle soit reconnue, en connaissance de cause, ou donnée pour reconnue.

Il faudra donc que j'introduise successivement les six instances, afin de produire mon titre successivement devant les six tribunaux.

Ainsi, 1° quoique je doive être remboursé de mon capital peu après l'échéance du délai de six mois, je n'en serai peut-être pas remboursé dans un an, un an et demi au plus;

2° Chacun de mes débiteurs supportera les frais d'une instance, au lieu de ne supporter que son sixième des frais d'une instance unique;

3° Tandis que je plaiderai contre un de mes débiteurs, les autres pourront devenir insolvables, ou prendre leurs mesures pour mettre leurs modiques facultés à l'abri de mes poursuites;

4° Si mon titre porte stipulation d'intérêts, celui de mes débiteurs qui sera le premier assigné, sera le plus favorisé; il paiera moins d'intérêts; celui que j'assignerai le dernier, et qui peut-être sera le moins solvable, pourra me devoir six fois plus d'intérêts qu'il ne m'en aurait dû, s'il m'eût été possible d'assigner mes six débiteurs à la fois devant le tribunal de l'un d'eux, à mon choix.

Nous ne pensons pas d'abord que ce soit un moyen pour le créancier d'avoir plus promptement hypothèque; car, indépendamment des soins que devrait lui donner une instance à commencer et à suivre dans plusieurs tribunaux éloignés les uns des autres, comment ferait-il la première contestation pour se servir de son titre? on lui demanderait partout la représentation de l'original, il serait nécessairement obligé d'attendre; d'ailleurs, nous croyons que l'art. 59 introduit un droit réciproque, et que chacun des défendeurs peut, s'il a connaissance que son débiteur est assigné devant un autre tribunal, demander que toutes les instances soient jointes; il peut avoir intérêt à se servir de moyens de défense qui sont communs à tous, et qu'il ne connaît pas. (*V.* notre *Quest.* 729.)]] **Supp. alph.**, v° *Ajourn.*, n. 29.

257. *Lorsque le véritable intérêt de la cause est tout entier entre deux individus, le demandeur peut-il se donner plusieurs adversaires pour avoir l'occasion de distraire le défendeur principal de ses juges naturels?*

Encore bien qu'aux termes de l'art. 59, lorsqu'il y a deux défendeurs à une demande, elle puisse être portée devant le juge du domicile de l'un d'eux, au choix du demandeur, ce serait abuser de cette disposition que de se servir d'une action feinte ou secondaire, dans la seule vue de distraire la véritable et principale partie de ses juges naturels. (*V.* Cass., 5 juillet 1808; *S.*, t. 8, 1re part., p. 427; *J. Av.*, t. 2, p. 371, et l'art. 181) (1).

[[Cette opinion, dont la justesse est incontestable, est aussi professée par MM. FAVARD DE LANGLADE, t. 1, p. 132, n° 1, et BOITARD, t. 1, p. 194, et confirmée de nouveau par la Cour de cassation, les 27 avril 1837 (*J. P.*, t. 1 de 1838, p. 421), et 10 juillet 1837 (*J. Av.*, t. 54, p. 374, et *J. P.*, t. 2 de 1837, p. 119.)]] **Supp. alph.**, v° *Ajourn.*, n. 31 et s.

[[**257** bis. *L'action personnelle, intentée contre un regnicole et un étranger simultanément, peut-elle être portée devant un tribunal quelconque du royaume, ou bien doit-elle l'être devant celui du domicile du regnicole?*

L'art. 14 du Code civil dispose que les étrangers pourront être assignés devant les tribunaux français pour des obligations par eux contractées en pays étranger, ce qui suppose qu'ils peuvent l'être devant le tribunal du choix du demandeur et, par exemple, devant celui où il a lui-même son domicile; d'un autre côté, l'art. 59, § 2 du Code de procédure permet d'assigner plusieurs défendeurs devant le tribunal du domicile de l'un d'eux.

S'ensuit-il que le demandeur pourra attirer son débiteur regnicole devant le tribunal où il lui plaira de citer son débiteur étranger? Non, sans doute; car il ne serait pas alors dans les termes de l'art. 59; il ne citerait pas les deux défendeurs devant le tribunal *du domicile de l'un d'eux.*

Ne se conformera-t-il pas plus strictement à la loi en les assignant l'un et l'autre au domicile du regnicole? Par là, il évitera un double procès, et on ne pourra lui reprocher d'avoir attiré ses débiteurs hors du domicile de l'un et de l'autre.

Cette solution a été consacrée par la Cour de Bruxelles le 17 décembre 1818 (*Journ.* de cette Cour, t. 2, p. 278.]] **Supp. alph.**, v° *Ajourn.*, n. 36 et 37.

---

(1) Le porteur d'un billet de commerce, assignant simultanément l'endosseur et le tireur, a le choix du domicile de l'un d'eux. (Rennes, 29 mars 1809.)

TROISIÈME DISPOSITION.

Actions réelles.

258. *Qu'entend-on par actions réelles?*

On nomme actions réelles toutes celles par lesquelles on revendique, comme nous appartenant, une chose certaine et déterminée, ou un droit attaché à cette chose. (*V.* notre *Traité d'Org. et de Compét.*, art. 230.)

Cette action naît du droit que quelqu'un a dans la chose; elle la suit conséquemment et s'exerce contre tous ceux qui la possèdent. (*V.*, sur ces différentes espèces, Pothier, *Introd. gén. aux Cout.*, chap. 4, § 1, et Henrion de Pansey.)

[[**258** bis. *Quel est le tribunal compétent pour connaître d'une action en bornage, si les héritages qu'il s'agit de borner sont situés dans divers arrondissements?*

Si les héritages font partie d'une même exploitation, ce sera le tribunal du chef-lieu de l'exploitation; à défaut de chef-lieu, ou si les biens sont absolument distincts, ce sera celui où se trouve la partie des biens qui présente le plus grand revenu d'après la matrice du rôle. C'est du moins la règle que l'on peut induire de la disposition analogue de l'art. 2210 du Code civil.]]

QUATRIÈME DISPOSITION.

Actions mixtes.

259. *Qu'est-ce que l'action mixte?*

C'est celle qui est tout à la fois réelle et personnelle, parce qu'outre la revendication d'une chose, elle embrasse presque toujours des prestations résultant de l'obligation légale ou conventionnelle de celui contre qui la chose est revendiquée. (V. *Traité d'Org. et de Comp.*, art. 237.)

Les Romains qualifiaient ainsi l'action de bornage entre voisins, celle de partage d'une succession entre cohéritiers, ou de quelque autre chose que ce fût.

En droit français, l'on considère comme mixtes toutes les actions qui, étant principalement et par leur nature actions personnelles, tiennent néanmoins à la nature de l'action réelle, par rapport à quelque chose qui leur est accessoire.

Telles sont les actions qu'on appelle personnelles réelles, ou personnelles *in rem scriptæ*, qui naissent d'une obligation personnelle à l'exécution de laquelle la chose qui en fait l'objet est affectée.

On range aussi dans la même classe les actions qui, étant principalement réelles, ont quelquefois des conditions accessoires qui leur sont personnelles. (*V.* Pothier, *ubi suprà.*)

C'est, en général, d'après cette doctrine, que nous avons jugé mixtes les différentes actions qui sont énumérées sur l'art. 236 de notre *Traité d'Organisation et de Compétence.*

[[*V. suprà*, n° L, p. 280, notre système sur les actions mixtes.]] **Supp. alph.**, v° *Ajournement*, n. 43 et suiv.

[[**259 bis.** *Le demandeur qui, en matière mixte, a cité son adversaire en conciliation devant le juge de paix du domicile, ne peut-il plus jouir, pour l'ajournement devant le tribunal, de l'option que lui accorde l'art. 59?*

L'option était déjà faite par la citation devant le juge de paix du domicile; le demandeur était censé avoir renoncé à donner l'ajournement devant le tribunal de la situation; ainsi raisonnait-on devant la Cour de Bourges, dans une espèce où cette question fut soulevée.

Mais un pareil système rendrait illusoire la 3e disposition de l'art. 59; car, si la citation devant le juge de paix du domicile détermine irrévocablement le tribunal du domicile comme juge de la demande, il sera toujours impossible au demandeur d'opter pour le tribunal de la situation. En effet, l'art. 50 désigne constamment pour conciliateur le juge de paix du domicile, en matière, soit personnelle, soit réelle, et par conséquent aussi en matière mixte, si on admet cette qualification. On ne peut donc voir, dans la citation donnée pour comparaître devant ce magistrat, un acte d'option, puisqu'elle est obligatoire. Aussi, la Cour de Bourges repoussa-t-elle le système qu'on lui proposait, par arrêt du 24 novembre 1815 (*J. Av.*, *t.* 22, p. 99).]]

CINQUIÈME DISPOSITION.

Actions en matière de Société (1).

260. *Les demandes en rescision de partage et en garantie des lots entre associés, doivent-elles être soumises au tribunal du lieu où la société a existé?*

Oui, dit M. PIGEAU (*Proc. civ.*, *Du tribunal où l'on doit porter la demande*, 2e règle, 7e exception), quoique en thèse générale la compétence du tribunal du lieu où la société était établie finisse à sa dissolution. Cette exception dérive de ce que l'art. 1872 du Code civil dispose que les règles concernant les obligations qui résultent du partage entre les cohéritiers, s'appliquent aux partages entre associés. Or, l'art. 822 du même Code porte que les demandes en rescision de partage sont soumises au tribunal du lieu de l'ouverture de la succession, et conséquemment, d'après l'art. 1872, au tribunal du lieu où la société a existé.

Add.—L'opinion que nous avons émise sur cette question, a été rejetée par un arrêt de la Cour de Paris du 16 mai 1829, rapporté dans le *Courrier des tribunaux* de la même année, n° 749. Il s'agissait d'une action en rescision pour cause de lésion d'une liquidation de société; elle avait été portée devant le tribunal de Paris, juge du lieu de l'établissement de cette société. Le défen-

---

(1) **JURISPRUDENCE.**

[Nous pensons que :

1° Les actions relatives à la liquidation d'une société doivent s'intenter devant le tribunal du lieu où la société a été contractée, encore qu'elles soient dirigées contre l'associé gérant, qui a perdu la qualité de français par sa naturalisation en pays étranger. (Paris, 13 fév. 1808, *S.*, t. 7, 2e part., p. 1203, et *J. Av.*, t. 22, p. 38.)

2° Lorsqu'une société a plusieurs maisons de commerce, on doit assigner au lieu où est établi le principal siége. Cass., 18 pluv. an XII. (*S.*, t. 12, 1re part., p. 415, et *J. Av.*, t. 22, p. 20.)

3° Lorsqu'une société de commerce a quitté le lieu de son établissement pour le fixer dans une autre commune, elle peut être assignée au paiement des obligations quelle a contractées dans sa première résidence, soit devant les juges de son nouveau domicile, soit devant ceux de l'ancien. (Aix, 14 janv. 1825, *J. Av.*, t. 30, p. 56.)]

deur appuyait sa demande en renvoi devant le juge de son domicile, sur les motifs de notre solution. L'opinion de Pigeau a été accueillie en première instance. La Cour a confirmé, en se fondant sur le principe général qui veut qu'en matière personnelle le défendeur soit assigné devant les juges de son domicile.

Or, pour que ce principe reçoive une exception, il faut qu'elle soit écrite dans la loi, et ce n'est pas par des assimilations, par des inductions, qu'on peut y suppléer. Ajoutons, d'ailleurs, que l'art. 59 du Code de procédure dénie par son texte toute compétence au tribunal du lieu où se trouvait le siége de la société, puisqu'il prononce qu'on doit assigner, en matière de société, *tant qu'elle existe*, devant le juge *du lieu où elle est établie;* d'où la conséquence que la règle générale reprend sa force lorsque *la société n'existe plus.*

Ce dernier argument écarte celui que nous avions puisé dans la disposition de l'art. 1872 du Code civil, en ce qu'elle porte « que les règles concernant le « partage des successions, et les obligations qui en résultent entre les cohéri- « tiers, s'appliquent au partage entre associés. » A ne considérer que cette disposition, isolée de celle de l'art. 59 du Code de procédure, il serait difficile de contester l'induction que nous avons tirée pour résoudre notre question mais l'art. 59 statue formellement sur la compétence; il est d'ailleurs postérieur au Code civil : double raison pour laquelle nous croyons devoir adopter la décision de la Cour royale de Paris. **Carr.**

[[La première opinion de M. Carré, qu'un arrêt de la Cour de cassation, du 16 novembre 1815 (*S.*, t. 18, 1re part., p. 82, et *J. Av.*, t. 22, p. 98), semble avoir sanctionnée, puisqu'il attribue au tribunal du lieu où était etablie une société dissoute, mais non liquidée, les contestations entre les associés, est d'ailleurs unanimement adoptée par MM. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 165; FAVARD DE LANGLADE, t. 1, p. 132, n° 4; THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 149, et BOITARD, t. 1, p. 223.

Elle nous paraît aussi plus conforme à l'esprit de la loi. L'objection empruntée à l'arrêt de la Cour de Paris, et prise de ces mots de l'art. 59, *tant qu'elle existe*, disparaît, ce nous semble, devant cette considération, qu'à l'égard des associés, la société, quoique dissoute, est censée subsister, tant que l'intérêt de chacun d'eux n'a pas été définitivement apuré, et qu'une action en rescision de la liquidation, remettant tout en question, a pour résultat de faire revivre la société elle-même jusqu'à parfait jugement. (Voy. *suprà*, notre *Quest.* 219 *ter*, et *infrà*, notre *Quest.* 262 *bis.*)

Nous ne croyons pas qu'on puisse se prévaloir, dans le système opposé, de l'autorité d'un arrêt de la Cour de Rennes du 20 janvier 1814 (*J. Av.*, t. 22, p. 92), qui décide que lorsqu'une société est dissoute et liquidée, les actions qui y sont relatives doivent être portées devant le tribunal du domicile des parties. Il parait que, dans l'espèce de cet arrêt, il s'agissait d'une action intentée par un creancier de la société : or, dans ce cas, il ne peut s'élever le moindre doute.]] **Supp. alph.**, v° *Ajournem.*, n. 71.

Supp. alph., v° *Ajourn.*, n. 53 et suiv. *Devant quel tribunal doivent être assignées les sociétés commerciales et, notamment, les compagnies de chemins de fer?*

261. *Si l'on ne connaissait point de lieu ou existât l'établissement social, où se porterait l'action?*

On reviendrait au droit commun, et l'on assignerait conséquemment devant le tribunal compétent, en raison de la nature de l'action. (*Voy.* LEPAGE, *Quest.*, p. 106.)

[[En vertu de cette règle, qui nous paraît exacte, ainsi qu'à MM. FAVARD DE LANGLADE, t. 1, p. 132, n° 4; THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 149, et BOITARD, t. 1, p. 322, la Cour de cassation a décidé, les 14 mars 1810 et 28 mai 1817 (*J. Av.* t. 22, p. 51), et la Cour de Nancy, le 5 décembre 1828 (*J. Av.*, t. 36.

p. 332), que l'art. 59, § 5, n'est pas applicable aux sociétés en participation, parce que, ne consistant point dans une série d'affaires, elles n'ont pas d'assiette, ni un lieu d'établissement; c'est donc au domicile de l'un des défendeurs que doivent être portées les actions personnelles relatives à ces associations.]] **Supp. alph.**, v° *Ajourn.*, n. 52 et 65.

[[**261** bis. *L'art.* 59, § 5, *détermine-t-il la compétence même pour les action réelles ou mixtes qui intéressent la société?*

M. BONCENNE, t. 2, p. 249, décide cette question par la négative; M. PIGEAU *Comm.*, t. 1, p. 164 et 165, semble improuver, quoique transitoirement, cette opinion; mais M. Carré l'adopte, *infrà*, *Question* 263, à l'égard des successions.

Pour bien comprendre la portée de l'art. 59, en ce qui concerne les sociétés et les successions, il faut faire une distinction.

S'agit-il d'un débat entre les associés ou entre les héritiers, à l'occasion d'une partie, soit mobilière, soit immobilière de la société, ou de la succession? Sans nul doute, l'art. 59 est applicable. C'est précisément pour des cas de cette nature qu'il a été fait.

Même décision, lorsqu'un créancier veut exercer contre une société une demande mobilière, le siége de la société détermine le tribunal compétent.

Mais s'agit-il au contraire d'une demande immobilière en revendication, par exemple, intentée par un tiers soit contre une société, soit contre des héritiers, les associés ou les héritiers devront être assignés devant le tribunal de la situation de l'objet litigieux. Il ne s'agira plus là, à proprement parler, d'un débat social ou successoral. Le défendeur, au lieu d'être un individu, sera une personne morale, *une société*, *une succession*, comme il pourrait être *une commune*, *un établissement public.*

De ces principes, qui nous paraissent positifs, découlent ces conséquences : 1° qu'un ordre ne peut s'ouvrir que devant le tribunal de la situation de l'immeuble vendu (*V.* notre *Quest.* 2545); 2° que les actions, soit personnelles, soit réelles (1), à intenter contre les tiers, sont soumises aux regles ordinaires des premiers paragraphes de l'art. 59. Nous donnerons, sous les *Quest.* 261 *ter*, 262 *ter*, 263, 263 *bis*, 264, 264 *bis*, et 2545, plus de développement à notre opinion.]]

[[**261** ter. *L'art.* 59, § 5, *s'applique-t-il aux actions intentées au nom de la société contre des tiers?*

Non, en vertu de la considération qui a déterminé la solution de la question précédente. Le tribunal du lieu où la société est établie n'est déclaré compétent par ce paragraphe, que par application du principe général, et parce qu'il est le tribunal du domicile du défendeur : le cas où la société est demanderesse est donc tout-à-fait étranger à la disposition qui nous occupe. C'est la doctrine qu'enseignent MM. THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 149, et BONCENNE, t. 2, p. 249, pour le cas de la faillite. *Voyez* aussi M. Carré, sous la *Question* 264.]] **Supp. alph.**, v° *Ajournem.*, n. 68.

[[**261** quater. *La compétence déterminée par l'art.* 59, § 5, *est-elle applicable au cas où l'individu actionné comme sociétaire décline cette qualité?*

On peut dire, pour l'affirmative, que l'individu qui conteste sa qualité

---

(1) [Nous n'admettons pas d'*actions mixtes*. (V. *suprà*, n° L, p. 280.)]

associé, use d'une exception du fond, dont la connaissance appartient au juge investi de la demande principale; de la même manière que, si, assigné devant le tribunal de son domicile, il se prétendait associé et demandait son renvoi devant les juges de la société, le tribunal saisi devrait, au préalable, examiner le fondement de cette exception.

D'ailleurs, si l'on admet que la simple dénégation de qualité de la part du défendeur doit amener son renvoi sans débat, on s'exposera à occasionner, pour la même affaire, deux renvois et trois procès successifs, puisque le tribunal du domicile pourra fort bien reconnaître l'existence de la société, et renvoyer de nouveau devant les juges premiers saisis.

D'après ces considérations, il nous paraît que, toutes les fois qu'on oppose devant un tribunal quelconque une exception d'incompétence, ce tribunal a le droit de l'examiner; autrement, il faudrait dire qu'une allégation pure et simple est capable d'annihiler sa juridiction, de lui lier les mains, ce qui n'est pas admissible.

Notre système a été embrassé par M. FAVARD DE LANGLADE, t. 1, p. 322, n° 4, et consacré par la Cour de cassation le 14 mars 1810 (*J. Av.*, t. 22, p. 53 et 7 juin 1821 : *Bull. civ.*, p. 251).

Néanmoins, il semble devoir fléchir dans le cas où l'appréciation de l'exception serait tellement liée avec celle du fond, qu'on ne pût juger l'une sans l'autre, si, en un mot, le fait de l'existence de la société était subordonné au jugement de la contestation elle-même. Car il faut que la compétence soit reconnue avant que le tribunal examine le fond; et il sera toujours plus convenable que, si l'exception ne peut être jugée sans le fond, ce soit le juge naturel ordinaire qui en connaisse, préférablement à un juge particulier exceptionnel. Telles sont les raisons qui ont déterminé la Cour de cassation, le 10 juillet 1837 (*J. Av.*, t. 54, p. 375), à rejeter le pourvoi contre un arrêt de la Cour de Nîmes, qui avait jugé dans ce dernier sens.

On voit donc que, suivant les circonstances, la solution peut être différente, et qu'il n'y a point, par conséquent, de contradiction réelle entre l'arrêt le plus récent de la Cour suprême et ceux que nous avions précédemment cités.]] **Supp. alph.**, v° *Ajournem.*, n. 67.

[[**261** quinq. *L'art.* 59, § 5, *est-il applicable à l'action pour l'accomplissement d'un bail à cheptel?*

Oui, c'est devant le tribunal du lieu où le cheptel est établi que cette action doit être portée, parce qu'un bail à cheptel a tous les caractères d'une association. M. Carré citait, à la note *Jurisprudence*, un arrêt de la Cour de Paris du 23 février 1807, qui l'a ainsi décidé. M. FAVARD DE LANGLADE, t. 1, p. 132, n° 4, est du même avis; il excepte néanmoins, avec raison, le *cheptel de fer*, dans lequel les parties ne mettant rien en commun, il est impossible de voir une société.]]

SIXIÈME DISPOSITION.

Actions en matière de succession.

262. *S'il y a eu partage d'une partie des biens de la succession, en sorte qu'il soit resté quelques biens indivis, devra-t-on assigner, pour le partage de ces biens, devant le tribunal du lieu de l'ouverture de la succession?*

Non, parce que la seule convention de laisser l'immeuble en commun est considérée comme un partage de l'hérédité, il n'y a pas lieu à l'action *familiæ*

erciscundæ, mais seulement à l'action *communi dividundo*, conformément à la loi 20, ff, § 4, *fam. ercis.*, dans les principes de laquelle ont été rédigés les art. 822 du Code civil et 59 du Code de procédure, qui ne concernent que les opérations antérieures au partage de l'hérédité.

Ainsi, la demande en partage des portions restées indivises doit être portée et donne action réelle devant le juge de la situation. (Cass., 11 mai 1807, *S.*, t. 7, 1re part., p. 267, et *J. Av.*, t. 22, p. 30.) Mais si l'on ajoutait à cette demande celle de restitution des fruits, elle serait portée comme action mixte, ou devant ce même juge, ou devant celui du domicile du défendeur.

[[Cette solution est exacte et approuvée par MM. FAVARD DE LANGLADE, t. 1, p. 133, n° 5; BERRIAT SAINT-PRIX, p. 121, n° 24, et MERLIN, v° *Licitation*, § 2, n° 2.

Toutefois, nous n'admettons pas, ainsi que nous l'avons expliqué, *suprà*, n° L, p. 280 que l'action cesse d'être réelle parce qu'on aura joint à la demande *immobilière* des conclusions accessoires en dommages-intérêts.]] **Supp alph.**, v° *Ajourn.*, n. 74 et suiv.

[[**262** bis. *Les actions en garantie des lots ou en rescision du partage, doivent-elles être portées devant le tribunal de l'ouverture?*

Oui, quoique, par ces mots *jusqu'au partage*, le paragraphe qui nous occupe semble exclure de sa disposition toutes les contestations qui naissent après l'acte departage; mais l'art. 822 du Code civil fait connaître le vrai sens de ces mots, en démontrant que, dans l'esprit du législateur, le partage n'est pas censé terminé, ou du moins est remis en question toutes les fois qu'un des cohéritiers intente une action qui tend à en obtenir l'effet ou à l'anéantir; aussi, MM. FAVARD DE LANGLADE, t. 1, p. 133, n° 5; THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 150, et BOITARD, t. 1, p. 224, pensent que l'art. 59, § 6, bien que conçu en termes moins généraux en apparence que ceux de l'art. 822 du Code civ., n'est pas cependant restrictif de cette dernière disposition. (V. *suprà*, *Q.* 219 *ter* et 260.)]] **Supp.**, p. 50

[[**262** ter. *Lorsqu' une succession s'est ouverte en pays étranger, au profit d'héritiers étrangers ou autres, l'action en partage des biens immeubles de cette succession situés en France, doit-elle être portée devant le tribunal du lieu de l'ouverture?*

Aux termes de l'art. 3 du Code civil, les immeubles situés en France, même appartenant à des étrangers, sont soumis à la loi et, par conséquent, à la juridiction françaises

On ne peut donc admettre que le partage de ces biens, encore qu'ils fassent partie d'une succession ouverte à l'étranger, ait lieu devant le tribunal étranger. Si les étrangers ont été admis par la loi du 14 juillet 1819, à succéder aux biens situés en France, ce ne peut être que dans l'ordre et suivant les règles prescrites par la loi française, aussi la loi dit-elle en termes exprès: *de la même manière que les Français*. La loi française ne pourrait donc s'en rapporter aux bases d'un partage déterminé par un tribunal étranger, suivant des lois de transmission autres que celles qu'elle reconnaît. Ainsi l'a jugé la Cour de Colmar le 12 août 1817 (*J. Av.*, t. 22, p. 111).

Mais, puisque la succession ne s'est pas ouverte en France, quel sera le tribunal français devant lequel le partage devra être poursuivi?

S'il n'y a qu'un immeuble à partager, ce sera le tribunal de la situation de cet immeuble; dans le cas, au contraire, où il y aura plusieurs immeubles situés dans le ressort de divers tribunaux, il faudra saisir de la connaissance du partage le tribunal du domicile du défendeur; s'il n'y a point de défendeur domicilié en France, celui du domicile du demandeur; si lui-même est domi-

cilié hors du territoire, le tribunal de la situation d'un des biens à partager.

On ne pourrait porter une action séparée pour chaque objet devant le tribunal particulier de sa situation. Ce ne serait alors qu'un simple partage de biens indivis; chacun d'eux devrait être morcelé entre tous les cohéritiers, au lieu que, par un seul partage, on parviendra à une attribution plus large et plus convenable de chaque lot. C'est pour cela que la loi a voulu de l'unité dans l'action en partage d'une succession.

Un arrêt de la Cour de Bruxelles du 22 septembre 1831 (*Journ.* de cette Cour, t. 2 de 1831, p. 110), a jugé aussi que la demande en délivrance d'un legs d'immeubles situés dans le royaume devait, quoique la succession du testateur fût ouverte à l'étranger, être portée devant les tribunaux du royaume.]] **Supp. alph.**, v° *Ajourn.*, n. 86 et 87.

[[**262** quater. *Quelles sont les demandes que, soit leur nature, soit leur connexité avec les affaires d'une succession, ont fait attribuer, par la jurisprudence, au tribunal de l'ouverture?*

Ce sont : 1° la demande de l'enfant naturel en paiement des droits que la loi lui accorde; Cass., 25 août 1813 (*J. Av.*, t. 19, p. 320).

2° La demande en réglement de tous les frais, comptes et dépenses qui concernent la liquidation d'une succession, et celle en reddition de compte de son administration; Rennes, 30 novembre 1812, et Cass., 1er juillet 1817 (*J. Av.*, t. 22, p. 79 et 110).

3° La demande en restitution de sommes indûment perçues par le syndic d'une union formée par les créanciers d'une succession vacante pour sa liquidation; Paris, 21 pluviôse an XI (*J. Av.*, t. 22, p. 16).

4° L'opposition à une saisie fondée sur ce que l'immeuble qui en est l'objet serait indivis entre le débiteur saisi et son cohéritier opposant. La question d'indivision est connexe avec l'instance en partage, le tribunal de la saisie ne peut en connaître; Cass., 22 juillet 1822 (*J. Av.*, t. 24, p. 244).

5° La reclamation d'un tiers qui se prétend lésé par les clauses du cahier des charges, dressé pour parvenir à la licitation des immeubles d'une succession; Nimes, 28 janvier 1810 (*J. Av.*, t. 22, p. 50).

Mais il n'en est pas de même de l'action en rescision d'une vente de droits successifs. Elle doit être intentée devant le tribunal du domicile de l'acquéreur, seul et véritable défendeur, alors même que celui-ci est en instance devant le tribunal du lieu de l'ouverture de la succession sur une demande en partage; Cass., 13 messidor an XIII (*J. Av.*, t. 18, p. 809). M. FAVARD DE LANGLADE, t. 2, p. 359, approuve cette décision.]] **Supp. alph.**, v° *Ajourn.*, n. 98.

Supp. alph., v° *Ajourn.*, n. 90 et s. *La délivrance d'un legs doit-elle toujours être demandée au tribunal du lieu de l'ouverture?*

Supp. alph., n. 88 et 89. Quid *de la compétence du § 6, art. 59, en cas d'arrêt infirmatif? de domicile élu?*

263. *L'action en revendication d'un immeuble doit-elle être portée devant le juge du lieu où la succession est ouverte?*

Les deux circonstances dans lesquelles, suivant l'art. 59, les demandes doivent être formées devant le juge du lieu de l'ouverture de la succession, ne peuvent amener que des actions personnelles ou mixtes. La question ci-dessus posée suppose, au contraire, une action purement réelle. Il faut donc s'en tenir, dans ce cas, au principe général, qui ne permet de porter les demandes en matière réelle que devant le tribunal de la situation de l'immeuble revendiqué (*V. Quest.* de LEPAGE, p. 107.)

Add. — En disant, sur cette question, que les deux circonstances prévues par la cinquième disposition de l'art. 59 ne peuvent amener que des actions *personnelles ou mixtes*, et en ne nous expliquant ensuite que sur l'action *réelle*, nous avons pu donner lieu à penser que l'action *mixte* doit être portée devant

le juge du lieu où la succession s'est ouverte, c'est pourquoi M. AUGER, p. 63. not. 5, se fondant sur la solution de notre *Quest.* 263, établit, en proposition générale, que la règle de l'art. 59 ne s'applique qu'aux actions personnelles et mixtes. Au contraire, M. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 166, étend aux actions mixtes ce que nous avons dit des actions réelles; il pense donc qu'elles doivent être portées, non comme les actions personnelles devant le tribunal du lieu de l'ouverture de la succession, mais, aux termes de la quatrième disposition de l'art. 59, devant le juge de la situation de l'immeuble auquel elle se rattache, ou devant celui du domicile du défendeur. Telle est aussi notre opinion. Nous l'avons suffisamment émise à la fin de la *Quest.* 262; mais nous convenons que les premières expressions, dont nous nous sommes servi sur la *Quest.* 263, peuvent induire sur ce point dans l'erreur où M. Auger est tombé en nous citant. **Carr**

[[Appliquez ici, pour adopter, avec MM. THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 150, BONCENNE, t. 2, p. 249, et BOITARD, t. 1, p. 226, la solution de M. Carré, les motifs développés sous notre *Quest.* 261 *bis.* Cette doctrine avait été sanctionnée sous les anciens principes par un arrêt de la Cour de cassation du 17 décembre 1807 (*J. Av.*, t. 2, p. 361). M. Coffinières a fait précéder cet arrêt d'observations fort utiles à consulter. Nous les avons conservées en rapportant cet arrêt.]] **Supp. alph.**, v° *Ajourn.*, n. 82.

[[**263** bis. *L'art.* 59, § 6, n° 3, *est-il applicable aux actions intentées par la succession contre des tiers? La règle qu'il consacre est-elle dans l'intérêt de l'héritier universel, ou du créancier, ou de tous les deux? Peuvent-ils y renoncer?*

Nous avons déjà résolu négativement cette difficulté à notre *Quest.* 261 *bis.* L'art. 59, § 6, n° 3, n'est pas applicable aux actions intentées par la succession contre des tiers. On voit, en effet, en se reportant à ce que nous avons dit sous la *Quest.* 261 *ter*, que le tribunal de l'ouverture n'est déclaré compétent que par suite de la règle *actor sequitur forum rei*, et parce qu'il est celui du domicile fictif de la succession, être moral qui est le véritable défendeur, mais dans l'espèce que nous supposons, les rôles sont changés; la succession est demanderesse : la règle *actor sequitur forum rei* amène la cause devant le tribunal du domicile du tiers défendeur. En effet, dit M. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 166, elle est établie pour l'héritier défendeur, et non pour l'héritier demandeur, d'où il suit, à notre avis, que la demande en nullité d'un testament doit être portée, même avant le partage, devant le tribunal du domicile du légataire. La Cour de cassation de Bruxelles a néanmoins jugé le contraire, le 20 janvier 1835 (*Journ* de cette Cour, t. 1 de 1835, p. 125), en se fondant sur la généralité des termes de l'art. 59; mais la raison qui nous détermine, et qu'approuvent aussi MM. THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 150, et BONCENNE, t. 2, p. 249, n'a point été examinée par la Cour. (*V.* aussi M. Carré, sous la *Quest.* 264.)

Dans la seule hypothèse où la disposition de l'art. 59 est applicable, celle où l'action est dirigée par un créancier contre la succession, il faut décider, avec M. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 166, qu'elle intéresse également le demandeur et le défendeur; en sorte que si celui-ci est assigné devant le juge de son domicile, il peut demander et doit obtenir son renvoi devant celui de l'ouverture, et que réciproquement, si, assigné devant le juge de la succession, il demande son renvoi devant le juge de son domicile, le demandeur peut s'y opposer. Il importe en effet à l'un et à l'autre que les titres de la succession, qui sont ceux du procès, ne soient pas déplacés et disséminés en divers lieux; néanmois, comme la compétence fixée par l'art. 59 n'est pas à raison de la matière (*V.* t. 2, p. 188, notre *Quest.* 724 *bis*), l'héritier et le créancier peuvent y renoncer. Et il a été jugé que l'héritier est censé le faire lorsqu'il se fait représenter devant un

conseil de famille assemblé dans un autre lieu que celui du domicile du défunt; Paris, 29 juin 1816 (*J. Av.*, t. 22, p. 59), et le créancier lorsqu'il a assigné l'héritier devant le tribunal au greffe duquel celui-ci a fait sa déclaration d'accepter sous bénéfice d'inventaire, quoique en réalité ce tribunal ne fût pas celui de l'ouverture; Paris, 9 novembre 1813 (*J. Av.*, t. 22, p. 91).

D'où suit qu'ils ne peuvent plus exciper de l'incompétence; à tel point, que les créanciers et ayans cause de l'héritier ne sont pas admis eux-mêmes à la proposer, lorsqu'ils provoquent le partage en son nom, si la renonciation résulte de poursuites exercées pendant l'indivision par le curateur au bénéfice d'inventaire; Cass., 11 avril 1820 (*J. Av.*, t. 22, p. 128).]] **Supp. alph.**, n. 96.

[[**263 ter.** *L'action d'un créancier contre une succession dévolue à un seul héritier, doit-elle aussi être portée devant le tribunal de l'ouverture?*

Non, alors même que cet héritier n'aurait accepté que sous bénéfice d'inventaire, c'est au tribunal de son domicile que l'action doit être portée; car l'art. 59, § 6, n'attribue au tribunal de l'ouverture la connaissance des actions dirigées par les créanciers de la succession que jusqu'au partage. Si donc, comme dans l'espèce, il ne peut y avoir lieu à partage, on rentre nécessairement dans la règle générale. C'est ce qu'enseignent MM. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 165; FAVARD DE LANGLADE, t. 1, p. 133, n° 6; THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 150, et BOITARD, t. 1, p. 226, et ce qu'ont jugé la Cour de cassation, les 18 juin 1807 (*J. Av.*, t. 22, p. 32.) et 20 avril 1836 (*J. Av.*, t. 50, p. 304), et la Cour royale de Bourges, le 2 mai 1831 (*J. Av.*, t. 41, p. 602).

La même observation s'appliquerait aux actions dirigées contre un légataire universel, qui n'a point à faire de partage; Paris, 26 février 1810 (*J. P.*, 3e éd., t. 8, p. 132).]] **Supp.**, p. 51.

[[**263 quater.** *Que faut-il entendre par ces mots de l'art.* 59, § 6, *n°* 3, JUSQU'AU JUGEMENT DÉFINITIF?

Sous la note 3 de l'art. 50, qui contient les mêmes expressions, M. Carré les traduit ainsi jusqu'au partage définitif, parce que, dit-il, le partage doit avoir lieu le plus souvent en justice. M. BOITARD, t. 1, p. 226, pense également que c'est pour éviter de répéter le mot *partage* que le législateur s'est servi du mot jugement; et il fait observer avec raison que, si on voulait l'entendre du jugement à intervenir sur la contestation à mouvoir entre le légataire et l'héritier, ce serait un mot vide de *sens*: car la demande ne peut jamais que précéder le jugement. M. PIGEAU, *Proc. civ.*, s'exprime ainsi: *Jusqu'au jugement définitif qui fixe les droits du légataire*; c'est-à-dire, sans doute, que, tant qu'il s'agira de faire reconnaître la qualité et les droits du légataire, le tribunal de la succession sera seul compétent; mais que, si ces droits une fois reconnus par jugement, il s'élève des contestations sur l'exécution ultérieure, le légataire devra porter sa demande devant le tribunal du domicile de l'héritier. Cette dernière interprétation peut paraître faire moins de violence au texte de la loi; mais évidemment elle répugne à son esprit.

Le 18 avril 1810 (*J. Av.*, t. 22, p. 56), la Cour de Turin néanmoins a entendu cette disposition dans le sens que M. Boitard improuve avec nous, et elle a jugé qu'une demande en délivrance de legs, soit avant, soit après le partage, soit qu'il y eût, soit qu'il n'y eût pas de contestation sur la qualité, devait toujours être portée devant le tribunal du lieu de l'ouverture de la succession.]] **Supp.**, p. 52.

[263 quinq. *L'exécuteur testamentaire doit-il être assigné en reddition de compte devant le tribunal de son domicile, ou devant celui de l'ouverture de la succession?*

MM. TOULLIER, t. 5, n° 603, et DALLOZ, t. 6, p. 130, n° 33, se prononcent pour le tribunal d'ouverture, en appliquant à cette action le n° 3 du § 6 de l'article 59 : *Les demandes relatives à l'exécution des dispositions à cause de mort.*

Cette application nous semble forcée; les mots que nous venons de citer se rapportent evidemment aux demandes à intenter par les légataires pour obtenir l'execution ou la délivrance de leurs legs; mais lorsque l'exécuteur testamentaire est appelé à rendre compte de son administration, ce n'est plus une demande tendant à l'execution des dispositions; c'est une demande purement personnelle dirigée contre un comptable, et qui, aux termes du § 1er de notre article et de l'art. 527 du même Code, doit être portée devant le tribunal du domicile du défendeur. La Cour de Paris l'a ainsi décidé par arrêt du 2 juillet 1839 (*Journ. le Droit* du 3 juillet, n° 158).] Supp. alph., v° *Ajourn.*, n. 79 et 80.

SEPTIÈME DISPOSITION.

Actions en matière de faillite (1).

264. *De ce que la septième disposition de l'art. 59 porte qu'en matière de faillite, on assignera devant le juge du domicile du failli, doit-on conclure que le failli ou les syndics puissent, en demandant, assigner devant le juge du propre domicile du failli?*

Les dispositions de l'art. 59 n'ont évidemment été établies que dans l'intérêt du défendeur. Or, l'intérêt d'un cohéritier est d'être assigné devant le juge du

---

(1) JURISPRUDENCE.

[Nous pensons que :

1° Quand un débiteur meurt en état de faillite, toutes les contestations relatives à sa succession doivent être portées devant les juges de son domicile. (Cass., 21 vend. an XII, *S.*, t. 4, 1re part., p. 30, et *J. Av.*, t. 22, p. 19.)

2° Lorsqu'un négociant a deux maisons de commerce dans deux villes différentes, et que la faillite a éclaté dans une de ces villes seulement, comme la loi n'a fait aucune distinction, la connaissance de la faillite est dévolue au juge du domicile, encore bien que l'ouverture de cette faillite ait été déclarée en premier lieu par un autre tribunal. C'est ainsi que, suivant l'art. 110 du Code civil, *le lieu où la succession s'ouvrira sera déterminé par le domicile.* (Cass., sect. des req., 16 mars 1809, *Biblioth. du Barr.*, t. 5, 1810, p. 110, et *J. Av.*, t. 22, p. 43.)

3° Mais lorsque deux maisons de commerce existent sous *des raisons distinctes* dans deux villes différentes, et que des associés demeurent dans une de ces villes, tandis que plusieurs demeurent dans l'autre, en cas de faillite des deux maisons, les actions des créanciers doivent être dirigées contre chacune des maisons devant le tribunal dans le ressort duquel elles se trouvent respectivement, quoique ces deux maisons aient le même gérant, à moins qu'il ne soit prouvé que ce gérant est seul propriétaire de l'une et de l'autre. (Cass., 16 mars 1829, *S.*, t. 10, 1re part., p. 276, et *J. Av.*, t. 22, p. 43.)

NOTA. On sent la différence qui existe entre cette espèce et la précédente. Dans la première, il y a *unité* d'administration, puisqu'il n'y a qu'un seul négociant failli, dans la seconde, il n'y a pas *unité* de société; chacune des deux sociétés formait un établissement distinct, tant par les individus qui la composaient, que par l'objet et la situation des sociétés dans le ressort de deux tribunaux. La décision ne devait donc pas être la même dans les deux cas. (*Note de M. Carré.*)

4° Lorsque les syndics d'une faillite sont assignés pour des dettes résultant de leur fait personnel dans l'administration de la faillite, ils ne peuvent se prevaloir de ce

lieu où la succession s'est ouverte, parce qu'il est plus facile au défendeur de fournir à ce juge les instructions nécessaires : il en est de même de l'associé, qui a, sous ce rapport, plus d'avantages à plaider devant le juge du lieu où la société a son établissement; on peut dire la même chose du failli. Mais la partie contre laquelle un héritier, un associé, un failli ou ses syndics forment une demande, a réciproquement plus d'avantages à plaider devant son juge naturel; elle n'a pu être distraite de sa juridiction sans une disposition expresse de la loi; et il suffirait que la décision de la question que nous venons de poser parût douteuse, pour qu'à défaut d'un texte formel, on décidât que les cinquième, sixième et septième dispositions de l'art. 59 ne s'entendent que du cas où l'héritier, l'associé ou le failli sont défendeurs. Cette opinion, que nous avions émise dans notre *Traité* et *Questions de procédure*, n° 309, a été consacrée par un arrêt de la Cour de cassation du 13 juillet 1818 (*S.*, t. 18, p. 287). Il décide que l'action formée par les syndics d'une faillite, en revendication des sommes payées par le failli, dans les dix jours qui ont précédé la faillite, doit être portée devant le juge du domicile du défendeur, et non devant le juge du domicile du failli

Quoi qu'il en soit, par arrêt de la Cour de Paris du 8 mai 1811 (*S.*, t. 14, 2e part., p. 160, et *J. Av.*, t. 22, p. 67), il a été jugé qu'en matière de faillite, la demande en mainlevée des scellés, dirigée contre ceux qui les avaient fait apposer, devait être portée devant le juge du lieu, et non devant celui du domicile des assignés.

Mais cette décision n'est point opposée à celle qui précède; elle est fondée sur une raison particulière tirée de l'art. 554 du Code de procédure, qui accorde au juge du lieu, dans les cas qui requièrent célérité, le droit de statuer provisoirement sur tout acte d'exécution fait dans son ressort.

CC Nous trouvons ici la confirmation de solutions par nous données à la *Quest.* 261 *bis*, et l'application du même principe au cas de la faillite.

« Vous êtes, dit M. BONCENNE, t. 2, p. 250, le débiteur de la faillite? C'est chez vous que la faillite devra vous attaquer et vous poursuivre. N'est-ce pas là que le failli, avant sa chute, serait venu vous chercher? Par quelle vertu la réunion de ses créanciers, en prenant sa place, y trouverait-elle le privilége exorbitant de vous distraire de vos juges naturels? »

La loi désigne ici le tribunal de l'ouverture de la faillite, parce que c'est celui du lieu où la faillite habite, comme précédemment elle avait désigné le tribunal du lieu où la société est établie, le tribunal du lieu où la succession s'est ouverte, parce que c'est là qu'habitent la société, la succession. La loi, en traçant ces dispositions, suppose donc que la société, la succession, la faillite, étaient défenderesses. V. *Q.* 1507.

Aussi la Cour de Douai a-t-elle très judicieusement décidé, le 1er février 1826 (Girod et Clariond, p. 40), que, si la faillite est assignée, en matière personnelle, conjointement avec d'autres défendeurs non faillis, elle peut l'être devant le tribunal du domicile de l'un d'entre eux, au choix du demandeur, conformément au § 2 de l'art. 59. Cette doctrine est encore particulièrement enseignée par M. BOITARD, t. 1, p. 227, et elle a été consacrée par la Cour de

---

qu'ils ont agi en leur qualité de syndics, pour demander leur renvoi devant le tribunal de l'ouverture de la faillite. (Bruxelles, 31 déc. 1807, *S.*, t. 7, 2e part., p. 283, et *J. Av.*, t. 22, p. 37.)

5° C'est le tribunal dans le ressort duquel les faillis avaient leur principal établissement qui doit connaître de la distribution des deniers saisis, et de ceux provenant des ventes mobilières faites sur eux. (Cass., 3 fruct. an XIII, *J. Av.*, t. 22, p. 25.)]

cassation, le 10 juillet 1837 (*J. Av.*, t. 54, p. 374), au moins pour les instances dont la cause est antérieure à la faillite.

Mais elle a été méconnue par M. FAVARD DE LANGLADE, t. 1, p. 133, n° 8, et par un arrêt de la Cour de Bordeaux du 6 août 1835 (*J. Av.*. t. 50, p. 246), qui, sans donner d'autres motifs que la généralité apparente des termes de notre article, a consacré l'opinion contraire; la Cour de Rouen avait déjà jugé dans le même sens, le 15 juin 1824 (*J. Av.*, t. 27, p. 259), et, nous devons le dire, le pourvoi dirigé contre son arrêt a été rejeté le 14 avril 1825 (*J. Av.*, t. 29, p. 237); toutefois, les circonstances de fait ont dû exercer une grande influence sur cet arrêt, et il ne suffit pas, à nos yeux, pour balancer l'autorité de la décision récente de 1837.

Nous convenons avec la Cour de Rennes, 18 août 1825 (*J. Av.*, t. 29, p. 315), que si le débiteur assigné par les syndics devant le tribunal de son domicile, se prétend, au contraire, créancier de la faillite, les syndics peuvent, en se désistant de leur action, l'attirer devant le tribunal de l'ouverture, pour y venir affirmer et voir vérifier sa créance. Alors, en effet, les rôles sont intervertis; de même, si un créancier de la faillite prétend faire compenser avec sa créance des valeurs précédemment reçues du failli; l'action en revendication par laquelle les syndics s'opposent à cette prétention peut être portée devant le tribunal de la faillite, quoiqu'il ne soit pas celui du défendeur, parce qu'elle est connexe à la contestation qu'il a lui-même soulevée devant ce tribunal; c'est ce qui résulte d'un arrêt de la Cour de Besançon du 30 décembre 1828 (*J.* de cette Cour, 1828, p. 489).]] **Supp. alph.**, v° *Ajourn.*, n. 100, 101, 107 et suiv.

[[**264** bis. *La compétence fixée par l'article 59 en matière de faillite, s'applique-t-elle aux actions réelles?*

Nous croyons qu'elle n'a été introduite que pour les actions personnelles, et cela en vertu des raisons déjà développées sous les *Quest.* 261 *bis* et 263, c'est l'avis formellement soutenu par M. BOITARD, t. 1, p. 228, qui s'exprime ainsi : « Le § 7 a voulu que la faillite ne changeât pas la compétence du tribunal pour l'exercice des actions personnelles, ce serait aller contre son esprit de faire que la faillite changeât cette compétence pour l'exercice des actions réelles. »

La Cour de cassation l'a aussi sanctionné, lorsque, par son arrêt du 10 mars 1813 (*J. Av.*, t. 22, p. 84); elle a décidé que le juge du territoire est investi de plein droit de la procédure en expropriation des immeubles d'une faillite, quoique l'ouverture ait eu lieu devant le juge d'une autre ville. Mais, le 30 juin 1824 (*J. Av.*, t. 27, p. 257); elle a adopté une jurisprudence opposée que nous ne pouvons approuver. Cette question sera plus particulièrement traitée aux titres de l'*Expropriation* et de l'*Ordre*, auxquels nous renvoyons aussi de la *Quest.* 263.

A plus forte raison, lorsque l'état de la faillite a cessé par un concordat, est-ce devant le tribunal de la situation des biens que doit être portée toute action réelle, notamment la demande en validité de surenchère, intentée par l'un des créanciers du failli, ainsi l'a jugé la Cour de Nancy le 9 avril 1829 (*J Av.*, t. 36, p. 339).]] **Supp. alph.**, v° *Ajourn.*, n 106.

HUITIÈME DISPOSITION.

Actions en garantie (1).

Cod. proc. civ., art. 181. [[*Voir* les questions traitées sous cet article.]]

265. *N'appartient-il qu'au défendeur originaire de profiter du bénéfice accordé par la huitième disposition de l'art. 59?*

Puisque la loi ne fait aucune distinction entre le demandeur et le défendeur, il parait certain que la faculté accordée par cette disposition appartient à l'un et à l'autre (2).

C'est encore ce que disait Rodier, *Quest.* 1re, sur l'art. 1er du tit. 8 de l'ordonnance, en citant pour exemple du cas où le demandeur peut appeler garant, celui d'un cessionnaire qui agit contre le débiteur délégué. Si, dit-il, celui-ci conteste la dette, le cessionnaire, qui est le demandeur, appellera le cédant en garantie pour faire valoir la cession ou la dette, ou pour l'indemniser.

[[M. BOITARD, t. 1, p. 229, cite le même exemple à l'appui de cette solution qui est exacte.]]

266. *Mais le demandeur peut-il mettre en cause le garant du défendeur?*

Nous pensons qu'il faut distinguer: ou le garant est absolument étranger au demandeur, et ne doit garantie qu'au défendeur, en cas de condamnation contre ce dernier; ou le garant est obligé à la garantie envers le demandeur lui-même.

Dans le dernier cas, comme la loi dispose en général qu'*en matière de garantie, le défendeur peut être assigné devant le juge où la demande originaire est pendante*, nous ne doutons pas que le demandeur ne puisse user de cette faculté.

---

(1) Nous remarquerons ici, que la huitième disposition de l'art. 59 ne reçoit son application qu'autant que la demande en garantie est formée accessoirement à une demande principale. C'est ce que prouve le texte même de la disposition, et c'est ce que l'on entendait de l'art. 8 du tit. 8 de l'ordonnance. Ainsi, disait Rodier, *Quest.* 1re, lorsque le principal est déjà jugé, on ne peut assigner le garant que devant son juge naturel.

[Cette observation fort juste est reproduite par MM. PIGEAU, *Comm.* t. 1, p. 168, FAVARD DE LANGLADE, t. 1, p. 134, nº 9, BONCENNE, t. 2, p. 252, et BOITARD, t. 1, p. 229; le premier de ces auteurs ajoute même que, si la demande en garantie n'ayant pas été formée dans les délais, la cause principale a reçu jugement séparé, le garant peut dès lors réclamer son renvoi devant ses juges naturels: nous ne le croyons pas; car le bénéfice du délai est établi non en faveur du garant, mais en faveur du demandeur originaire; quant au garant, tout ce qu'il faut pour régler à son égard la compétence, c'est que la cause originaire soit pendante au moment où on l'assigne, si le retard à le mettre en cause a nui au jugement principal qu'il aurait mieux défendu, c'est une circonstance qu'il pourra faire valoir pour obtenir son relaxe au fond, mais elle ne fait rien à la compétence. *V.* t. 2, p. 260, le nº 13 de la jurisprudence de l'art. 181.]

(2) [Mais il faut remarquer que ni l'un ni l'autre ne serait admis, sous prétexte d'une demande en garantie, à former contre le garant et au tribunal saisi de l'instance primitive une demande principale, quelque connexité qu'elle pût avoir avec l'objet du procès qui donne lieu à la garantie. Ainsi l'acquéreur exposé à l'éviction qui appelle son vendeur en garantie devant le tribunal où il a été assigné lui-même, ne peut profiter de sa présence pour conclure à la résolution de la vente. La garantie peut seule y être jugée. (Toulouse, 28 mai 1831, *J. Av.*, t. 43, p. 515.)]

Dans le premier cas, le demandeur n'ayant aucun intérêt à mettre en cause un garant qui n'est obligé qu'envers le défendeur, il ne serait pas juste qu'il pût l'assigner et le distraire ainsi de ses juges naturels, malgré le défendeur originaire, qui n'use pas de la faculté que la loi lui donne.

Sur le premier point, nous croyons notre opinion justifiée par l'arrêt dont nous allons rapporter la décision dans le numéro suivant;

Sur le second, nous nous appuyons sur le principe que *l'intérêt est la mesure des actions.* Or, le demandeur originaire n'en a aucun pour assigner une personne contre laquelle il ne pourrait obtenir une condamnation directe.

[[Cette distinction nous paraît juste.]]

267. *Une caution solidaire assignée avec le débiteur principal, et devant le juge du domicile de ce dernier, peut-elle se plaindre de ce que celui-ci n'a pas été traduit devant les juges de son propre domicile?*

Non, parce que cette partie est garante du débiteur principal envers le demandeur originaire. Tel est du moins le sens dans lequel on doit expliquer un arrêt de cassation du 26 juillet 1809 (*S.*, t.10, 1re part., p. 412, et *J. Av.*, t.14, p. 434), afin de trouver matière à l'application qu'il a faite de l'art. 59.

[[La Cour de Paris a rendu un arrêt dans le même sens le 12 février 1814 (*J. Av.*, t. 14, p. 450). On pouvait dire aussi, surtout dans la première espèce, qu'il avait dépendu du demandeur, aux termes du § 2 de l'art. 59, d'assigner ensemble deux coobligés devant le tribunal de l'un d'entre eux.]]

268. *L'accepteur d'une lettre de change peut-il être traduit à fin de condamnation au paiement de cette lettre, devant le tribunal du domicile de l'endosseur, encore que ce ne soit pas celui de son domicile?*

Cette question a été jugée pour l'affirmative par un arrêt de la Cour de Paris du 14 septembre 1808, attendu que l'accepteur et l'endosseur d'une lettre de change étant solidairement obligés, peuvent être assignés indistinctement devant le tribunal de l'un ou de l'autre. (*S.*, t. 14, 2e part., p. 177, et *J. Av.*, t. 22, p. 42.)

L'arrêtiste présente cette décision comme ayant été rendue par application de la huitième disposition de l'art. 59. Mais nous remarquerons que l'arrêt que nous venons de citer ne rappelle point cette disposition; il se fonde uniquement sur la solidarité : d'où semble que, par extension du principe consacré par l'art. 1203 du Code civil, la Cour a pensé que cet article donnant au créancier d'une obligation solidaire la faculté de s'adresser à celui des débiteurs qu'il veut choisir, il pouvait assigner celui-ci devant le juge du domicile de l'un d'eux.

Nous ne saurions admettre ce motif de décider, 1° parce qu'on ne peut, dans notre opinion, distraire une partie de ses juges naturels, s'il n'existe un texte précis qui fasse exception aux règles du droit commun; 2° parce que la huitième disposition de l'art. 59 s'oppose à l'induction que l'on tirerait, dans le cas présent, de l'art. 1203 du Code civil, puisque, comme nous venons de le dire p. 298, à la note, cette disposition ne permet d'assigner le garant devant le juge du domicile du garanti, qu'autant qu'une action principale est introduite.

Ainsi, un débiteur solidaire ne nous semble pouvoir être distrait de sa juridiction naturelle, qu'autant qu'un de ses codébiteurs a été assigné avant lui, ou conjointement.

En ce cas, le débiteur solidaire n'a aucune exception à opposer, parce qu'il

est légalement traduit, soit d'après la deuxième disposition de l'art. 59, qui donne au demandeur le choix du tribunal du domicile de l'un de plusieurs défendeurs qu'il assigne, soit d'après la huitième disposition, puisque chaque débiteur solidaire est garant l'un de l'autre envers le demandeur, ainsi que nous l'avons dit au numéro précédent.

[[Cette critique de l'arrêt de la Cour de Paris nous paraît fondée.]]

269. *Si le garant est Français, et que la demande originaire soit pendante dans une juridiction étrangère, y aurait-il lieu à l'application de l'art.* 59, *et* VICE VERSA ?

Le Français ne peut être traduit devant cette juridiction étrangère : on doit donc, dit RODIER, tit. 8, art. 8, *Question* 1re, se contenter d'exercer contre lui, en France, l'action en garantie, et demander qu'il soit condamné à *relever et indemniser* le défendeur qui aura succombé dans la juridiction étrangère.

[[Cette décision est très juste.]]

PAPON, liv. 2, tit. 4, n° 6, rapporte un arrêt qui le juge ainsi.

Il en serait de même, ajoute Rodier, si le garant était étranger, et que la demande principale fût pendante devant un tribunal français.

[[Celle-ci ne peut être admise que sous les modifications nécessitées par la disposition de l'art. 14 du Code civ. Voir *suprà*, n° L, nos renvois aux décisions qui sont relatives à la compétence des tribunaux français sur les étrangers.]]

NEUVIÈME DISPOSITION.

Assignation en cas de domicile élu.

V. nos *Questions* sur l'art. 68.

270. *Lorsqu'il résulte de la convention que l'élection de domicile a eu lieu dans l'intérêt même du défendeur qui l'a faite, le demandeur aurait-il néanmoins le choix entre le tribunal du domicile réel et celui du domicile élu?*

Dans ce cas, dit M. PIGEAU, t. 1, pag. 101, le demandeur ne peut s'adresser qu'au tribunal du domicile élu. Cette distinction ne paraît contraire ni à l'esprit ni au texte de la loi; car l'option n'est accordée qu'en faveur du demandeur, d'après les termes des art. 111 du Code civil et 59 du Code de procédure, qui ont pour objet de faciliter ses poursuites; mais dès qu'il est évident, au contraire, que l'élection a été formellement stipulée par le défendeur, et dans son intérêt, la disposition de la loi cesse, et l'élection étant une condition du contrat, impose au demandeur l'obligation de n'assigner que devant le juge du domicile élu.

[[Cette opinion incontestable est unanimement adoptée par MM. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 170 et 171; FAVARD DE LANGLADE, t. 1, p. 134, n° 10; THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 148 et BOITARD, t. 1, p. 230. Mais hors ce cas le choix appartient évidemment au demandeur, et on le jugeait ainsi même sous l'ancienne jurisprudence, comme il résulte de la combinaison de deux arrêts, l'un de la Cour de cassation, 8 thermidor an X (*J. Av.*, t. 22, p. 13), l'autre de la Cour de Paris, 27 juillet 1809 (*S.*, t. 14, 2e partie, p. 30).

Voyez aussi les arrêts des 15 germinal an X, et 8 juillet 1811 (*J. Av.*, t. 22, p. 12 et 68)]] **Supp. alph.**, v° *Ajourn.*, n. 124 et suiv.

271. *Si le demandeur avait assigné le défendeur devant le juge du domicile élu, pourrait-il, en se désistant de cette assignation, l'assigner devant le juge du domicile réel, et* VICE VERSA ?

Aussi longtemps que le défendeur ne s'est pas présenté et n'a pas constitué

d'avoué, il semble que le demandeur doit être libre de varier. Comme les frais de la première assignation, qui se trouve révoquée, tombent sur le demandeur, le défendeur n'a pas lieu de se plaindre, à moins qu'assigné d'abord devant le tribunal du domicile élu *expressément dans son intérêt*, on ne veuille l'assigner ensuite devant le juge de son domicile réel. En effet, le rédacteur du premier exploit d'ajournement pourrait s'être trompé sur l'intention du demandeur; pourquoi celui-ci ne pourrait-il pas réparer cette erreur à ses frais, *rebus integris*, et donner une nouvelle assignation devant le tribunal qu'il a toujours eu l'intention de choisir? Il pourrait même se trouver dans un cas où il serait forcé de varier pour éviter un procès; c'est celui où, au lieu d'assigner le défendeur devant le juge du *domicile élu dans son intérêt*, il l'aurait assigné devant le juge de son domicile. Cependant les auteurs du *Praticien* disent, t. 1, p. 292, qu'il est de principe qu'on ne peut, en général, revenir contre une option consommée. Ainsi, le demandeur qui aurait saisi le tribunal du domicile réel aurait, suivant eux, épuisé la faculté que lui conférait l'élection de domicile, et conséquemment, il ne serait plus libre de se désister de l'instance pour saisir un autre tribunal: s'il en était autrement, ajoutent ces auteurs, il n'y aurait aucune raison pour qu'il ne pût changer une deuxième fois de détermination, et c'est ce que la loi n'a pu vouloir, puisqu'il est dans son vœu que les procès soient terminés dans le moindre temps possible.

On a remarqué que nous avons répondu d'avance à cette objection, en prouvant que le défendeur n'éprouve aucun préjudice d'une nouvelle assignation, qui, au contraire, concilie les intérêts des deux parties.

[[Les auteurs du *Praticien* disent que, lorsque l'instance est LIÉE devant le tribunal du domicile élu, c'est-à-dire lorsqu'il y a eu constitution d'avoué de la part du défendeur, le demandeur ne peut se désister pour porter son action ailleurs. Ils ne sont donc pas en opposition avec la doctrine de M. Carré, qui n'est pas susceptible d'être contestée.]]

272. *Mais du moins les parties pourraient-elles se désister de l'élection de domicile avant d'avoir intenté l'action?*

BACQUET (*Traité des Droits de justice*, chap. 8, n° 16) dit que l'élection de domicile est irrévocable et perpétuelle; mais les auteurs du *Praticien*, t. 1, p. 291, s'expliquent ainsi sur la question:

« Il faut distinguer: si le domicile a été élu par les parties comme condition « essentielle de leur convention, aucune d'elles n'a le droit de s'en désister « contre le gré de l'autre; cette condition est la loi à laquelle l'une et l'autre « se sont soumises.

« Si, au contraire, un seul des contractants a fait élection de domicile « pour son propre avantage, il est libre de la révoquer; mais il doit faire « cette révocation avant les poursuites judiciaires; car il serait non recevable à demander ensuite son déclinatoire dès que le juge a été légalement « saisi. »

Nous pensons aussi que l'élection ne peut être revoquée que du consentement des deux parties, lorsqu'elle est une condition de leur contrat; mais nous ferons observer qu'il serait fort inutile que le demandeur notifiât le désistement de l'élection avant d'entamer les poursuites judiciaires, si l'élection n'était stipulée que dans son intérêt. En effet, puisqu'il a le choix entre le tribunal du domicile réel et celui du domicile élu, sa révocation ne le conduirait qu'à assigner devant le premier. Or, puisque la loi leur en donne le droit, il n'a point intérêt et n'est point obligé à signifier une révocation.

Il en serait autrement si l'élection avait été faite dans l'intérêt du défendeur; il devrait avertir le demandeur, afin de l'empêcher de l'assigner devant

le tribunal du domicile élu, ce que celui-ci croirait devoir faire pour exécuter le contrat, si le défendeur ne lui faisait pas connaître son changement de volonté.

[[Ces distinctions et les solutions qu'elles amènent sont également justes, elles sont consacrées par un arrêt de la Cour de Paris du 8 février 1813 (*J. Av.*, t. 22, p. 83), et par l'opinion conforme de M. BONCENNE, t. 2, p. 217.]]

273. *L'élection du domicile produit-elle ses effets contre les héritiers du défendeur?*

M. COMMAILLE, dans le *Nouveau Traité de la Procédure*, t. 1, p. 127, dit que, dans le cas même où l'auteur de l'acte qui contient l'élection serait mort, ce serait au domicile élu que ses héritiers pourraient être assignés; c'est, ajoute-t-il, pour le porteur de l'acte, le véritable domicile, s'il le préfère, à cet égard, la convention fait la loi des parties.

M. DELAPORTE dit, au contraire, t. 1, p. 63, qu'il faut tenir que l'effet de l'élection de domicile ne peut pas être perpétuel; que des héritiers ou successeurs ne peuvent pas être obligés toujours à entretenir des correspondances au domicile élu; cet effet, ajoute l'auteur, doit cesser au moins par le temps ordinaire de la prescription.

Un motif qui doit surtout porter à admettre de préférence l'opinion de M. Commaille, c'est qu'elle a pour appui le sentiment des commentateurs de l'ordonnance. JOUSSE, dans l'*Idée de la Justice civile*, placée en tête de son *Commentaire*, t. 1, p. 20, dit formellement, d'après PAPON, en ses arrêts (liv. 3, tit. 7, n° 62), que la partie qui s'est soumise à la juridiction d'un autre juge que le sien, peut, *ainsi que ses héritiers*, être assignée devant le juge auquel elle s'est soumise. L'art. 10 de la coutume de Bretagne en avait fait une disposition expresse; et DUPARC-POULLAIN, dans ses *Principes de Droit*, t. 1, p. 14, après avoir fait connaître diverses espèces de domicile, ajoute le domicile conventionnel, qui est stipulé et fixé par un contrat pour l'exécution de toutes ses clauses, et qui, dit cet auteur, dure autant que la stipulation, *même après la mort* de la partie qui l'a constitué.

Ce sentiment est fondé en principe : l'élection de domicile est une clause du contrat, qui ne saurait en être séparée sans une disposition expresse de la loi; or, les obligations d'une personne passent à ses héritiers, suivant la maxime *hæres sustinet personam defuncti*. Les effets de l'élection de domicile ne sont donc prescriptibles qu'autant que l'acte est lui-même prescrit.—(*Nouv. Rép.*, t. 2, p. 342, 3e édit., et DELVINCOURT, t. 1, p. 253, aux not.)

[[Cette opinion est partagée par MM. FAVARD DE LANGLADE, t. 1, p. 134, n° 10, et BONCENNE, t. 2, p. 218. Elle trouve d'ailleurs son appui dans l'observation faite par le tribunat sur la rédaction de cet article, et qui est ainsi rapporté dans LOCRÉ, t. 21, p. 401, n° 37 : « Au reste, la section entend que l'élection de domicile pour l'exécution d'un acte tient toujours, quoique celui chez qui le domicile a été élu soit décédé, et que les héritiers des parties contractantes sont compris dans l'article aussi bien que les parties elles-mêmes. »]]

Supp. alph., v° *Ajourn.*, n. 130 et 131.

274. *Mais* QUID JURIS, *si la personne chez laquelle le domicile est élu meurt ou transporte ailleurs sa demeure?*

« Il faut distinguer, disent les auteurs du *Praticien*, t. 1, p. 292, si les parties « sont déjà en instance devant le juge du domicile élu; alors, soit qu'il y ait « décès ou transport de résidence, il convient de procéder à une élection « dans le même lieu, afin d'y pouvoir conduire le procès à fin. Si cependant « on ne l'a pas fait, et que l'instance ne soit pas entamée, il nous paraît que

« l'élection de domicile devient nulle, *à moins qu'elle n'ait été stipulée comme* « *condition de la convention.* »

BACQUET (*Des Droits de justice*) pense, sans restriction ni distinction, que, dans tous les cas, l'élection doit avoir ses effets, attendu, dit-il, qu'ici le domicile est plutôt *réel* que *personnel*, c'est-à-dire plutôt attaché au lieu qu'à la personne. RODIER, sur l'art. 3 du tit. 2 de l'ordonnance, 6e question, ajoute : *Sauf le droit accordé à la partie d'élire un autre domicile dans le même lieu ;* et telle est l'opinion de M. DELVINCOURT. t. 1, p. 254.

Nous pensons comme notre savant confrère, sans distinguer entre les cas d'un procès entamé et celui d'un procès à entreprendre, que l'élection continue d'avoir ses effets, nonobstant, soit le changement de demeure ou le décès de la personne chez laquelle elle eût été faite, soit le défaut de stipulation expresse de cette élection, *comme condition essentielle de la convention.* Il suffit que le domicile ait été élu dans l'acte, pour que la stipulation soit considérée comme faisant partie des conventions respectives des contractants (1).

[[MM. FAVARD DE LANGLADE, t. 1, p. 134, n° 10, et BONCENNE, t. 2, p. 218, adoptent cette opinion, dont la justesse résulte aussi de l'observation du tribunat, citée sous la précédente question.

La Cour royale de Toulouse a décidé le 23 décembre 1834 (*J. Av.*, t. 51, p. 382, que l'élection de domicile faite sous l'empire de l'ancienne jurisprudence pour l'exécution d'une transaction dans l'étude d'un procureur et du successeur à son office, n'a pas cessé d'avoir effet à la mort de ce procureur, quoique son office ait été remplacé par une étude d'avoué.]] V. *Q.* 365 *ter.*

[[274 bis. *Lorsqu'un lieu a été indiqué dans un acte pour le paiement de l'obligation qu'il contient, le juge de ce lieu est-il compétent pour en connaître ?*

La renonciation au droit qu'a toute personne d'être jugée par ses juges naturels ne se présume pas plus que la renonciation à tout autre droit. Il faut donc qu'elle soit expresse. Or, on ne peut voir ce caractère dans l'indication d'un lieu uniquement fait pour le paiement de l'obligation ; ce n'est pas là l'élection de domicile dont parlent les articles 111 du Code civil et 59 du Code de procédure ; ainsi l'a jugé la Cour de cassation le 29 oct. 1810 (*J. Av.*, t. 22, p. 61), et malgré un arrêt contraire de la Cour de Bourges du 5 janv. 1814 (*ibid*), il faut s'en tenir à cette jurisprudence qu'approuvent de la manière la plus explicite MM. FAVARD DE LANGLADE, t. 1, p. 134, n° 10, et BONCENNE, t. 2, p. 228.

La décision ci-dessus ne devrait pourtant pas être suivie, s'il s'agissait d'une obligation commerciale ; on sait qu'en pareille matière l'art. 420 du Cod. de

---

(1) La solution donnée sur cette question s'appliquerait au cas *où l'élection de domicile eût été faite dans la propre demeure de l'une des parties*, ainsi que l'a décidé la Cour de Colmar, par arrêt du 5 août 1809. (*J. Av.*, t. 13, p. 168). Mais M. Coffinières fait remarquer que la Cour se détermina par des circonstances particulières, de nature à faire présumer que les parties avaient entendu être réputées présentes, relativement à l'exécution de l'acte, au lieu qu'elles occupaient lors de sa passation.

Nous estimons que toutes les fois que l'élection a été faite en la demeure d'une partie, avec désignation du lieu, et sans distinguer si le domicile a été élu plutôt dans l'intérêt de l'une que dans celui de l'autre, il y a même raison pour décider, comme nous venons de le faire, pour le cas où le domicile a été élu chez un tiers. Mais il en serait autrement, si le lieu de la demeure n'était pas indiqué, parce que ce défaut d'indication annoncerait alors qu'il était dans l'intention de la partie d'élire domicile en tous lieux où elle pourrait habiter, et dans son seul intérêt.

[Cette décision nous paraît fort équitable.]

proc. civ. range le tribunal du lieu où le paiement devait être effectué au nombre de ceux devant lesquels le demandeur peut, à son choix, assigner l'obligé.]] Supp., p. 54.

[[274 ter. *Peut-on faire valablement, au domicile élu pour l'exécution d'un acte, les poursuites en exécution d'un jugement rendu par suite de cet acte?*

Non, car l'exécution du jugement diffère essentiellement de l'exécution de l'acte. Celui-ci a produit tout son effet, du moment qu'à son occasion un jugement a été rendu. Rien ne peut dispenser la partie qui l'a obtenu de se conformer, pour sa signification et son exécution, aux règles spéciales tracées par la loi.

C'est ainsi que l'ont décidé la Cour d'Agen, le 6 février 1810 (*S.* t. 14, 2e part., p. 193, et *J. Av.*, t. 15, p. 335), celle de Colmar, le 20 mars 1810 (*J. P.*, 3e édit. t. 8, p. 190), et la Cour de cassat., le 2 floréal an IV (*J. P.*, 3e édit., t. 1, p. 193).]]

[[274. quater. *L'élection légale de domicile prescrite pour les commandemens par l'art. 554 du Code de proc. civ., révoque-t-elle l'élection conventionnelle, et change-t-elle la compétence que celui-ci avait déterminée?* Quid *de l'élection que doit contenir un acte d'opposition à mariage.*

Un arrêt de la Cour de Paris du 6 janvier 1825 (*J. Av.*, t. 30, p. 11), a décidé la négative, sur le motif que cette élection de domicile a été uniquement prescrite pour les significations, mais non pour conférer juridiction à un tribunal. D'où il suit que, si la compétence est réglée par une élection de domicile dans l'acte qu'il s'agit d'exécuter, cette élection doit conserver tout son effet; comme aussi le tribunal naturellement compétent à raison de la matière, ou du domicile réel, serait seul juge des difficultés qui pourraient s'élever, si aucune élection n'avait eu lieu. Cette doctrine est avec raison enseignée par M. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 170.

Il en est de même, en général, de tous les domiciles forcément élus; à ceux-là ne doit pas s'appliquer la disposition de l'art. 111 du Code civil.

Néanmoins une exception nécessaire résulte de la nature des choses et de la combinaison des textes, pour le cas tout particulier du domicile élu dans un acte d'opposition à mariage. La loi a bien voulu donner aux ascendants et aux parents d'un certain degré le droit de manifester légalement leur réprobation pour une union qui leur paraît funeste et mal assortie; mais il fallait que l'obstacle apporté à sa réalisation fût promptement levé, s'il n'était pas trouvé suffisant par la justice; il fallait qu'un contrat qui, plus que tout autre, a sa source dans la nature, ne fût pas longtemps entravé par des oppositions que le caprice seul suggère bien souvent. Aussi la loi a-t-elle disposé (art. 176 du Code civil), que l'acte par lequel on s'oppose doit contenir élection de domicile dans le lieu où le mariage sera célébré, et que le tribunal (art. 177) doit statuer dans les dix jours sur la demande en mainlevée, la Cour, sur l'appel, dans un semblable délai. Ainsi, promptitude, célérité, tel est l'esprit de la loi, tel est le principe par lequel il faut expliquer, interpréter toutes ces dispositions.

Or, quelle serait, dans ce système, la portée d'une élection de domicile dans le lieu de la célébration, si elle n'attribuait pas juridiction au tribunal de ce lieu? Serait-ce uniquement pour qu'on pût y donner une assignation à l'opposant? Mais y aurait-il économie de temps à le faire ainsi, s'il fallait d'ailleurs l'appeler devant le tribunal de son domicile réel, y constituer avoué et envoyer les pièces? Où serait la possibilité d'observer ce délai fixe de l'art. 176, que rien n'autorise à prolonger, que les tribunaux ne peuvent dépasser sans injustice? Evidemment toutes ces dispositions rapprochées prouvent que la

loi a voulu faire juger la demande en mainlevée par le tribunal du lieu où le mariage doit être célébré ; ainsi l'ont jugé la Cour de Bruxelles, le 29 décembre 1835 (*Journ.* de cette Cour, 1836, t. 2, p. 153), et la Cour de Paris, le 24 août 1839 (*Le Droit*, 1839, n° 202), contrairement, à la vérité, à une décision rendue par cette derniere Cour le 23 mars 1829 (*Gazette des Tribunaux* du 24).]]

275. *La demande en rescision de l'acte qui contient l'élection du domicile, peut-elle être portée devant le juge de ce domicile élu?*

D'après plusieurs arrêts cités par DUPARC-POULLAIN, sur l'art. 10 de la *Coutume de Bretagne*, t. 1, p. 61, et motivés sur ce que l'élection de domicile n'ayant lieu que pour l'exécution de l'acte, on serait porté à croire qu'on ne pourrait former que devant le juge du domicile réel l'action en rescision, qui a précisément pour objet d'empêcher cette *exécution*. Mais il faut bien faire attention que l'art. 111 du Code civil, auquel se rattache l'art. 59 du Code de procédure, ne parle pas seulement des significations, demandes ou promesses tendantes à l'*exécution* de l'acte, mais de celles *relatives à cet acte*. Or, l'action en rescision est une demande *relative à l'acte* : on ne peut donc raisonner aujourd'hui comme si l'on se trouvait dans l'hypothèse des arrêts cités par Duparc-Poullain, laquelle suppose que l'élection n'avait d'effet que pour l'exécution.

D'un autre côté, l'arrêt de Colmar, cité au numéro précédent, a décidé que l'élection de domicile profite aux tiers, représentant l'une des parties qui actionne l'autre en *nullité de l'acte* ; que, par conséquent, ils peuvent faire au domicile élu les significations nécessaires, et poursuivre cette action en nullité devant le tribunal de ce domicile (1).

[[Cette solution est exacte et n'est pas en opposition avec celle que nous donnons au titre de la *Vérification d'écritures*, sous le n° 804 *bis*. Nous décidons, en cet endroit, que, lorsqu'une pièce contenant élection de domicile, attribution de juridiction, est déniée, le tribunal du domicile élu, devant lequel la dénégation est faite, ne peut connaître de la vérification. C'est qu'alors, la vérité de la clause qui contient l'élection étant contestée comme le reste de l'acte, ce serait juger et condamner d'avance cette contestation, que d'accorder à la clause dont s'agit l'effet attributif de juridiction. Mais, dans l'espèce de la question actuelle, la contestation ne portant pas sur la véracité de l'acte, mais seulement sur le fond de la convention qu'il renferme, les clauses accessoires doivent produire tous leurs effets.]] **Supp. alph.**, v° *Ajourn.*, n. 137 et 138.

ART. 60. Les demandes formées, pour frais, par les officiers ministériels, seront portées au tribunal où les frais ont été faits.

Tarif, 9, 151. [Notre Comm. du Tarif, t. 1, *Introduction*, p. 127, n° 60; p. 32, n° 65; p. 143. n° 11 p. 146, n° 12.] — Décret du 29 janvier 1791 sur la suppression des anciens procureurs, et l'établissement des avoués.—Code de proc, art 49, n°s 5, 543, 544.--[Notre Dict. gén. de Proc., v°s *Avoués*, n°s 202, 269, 271, 273; *Agréé*, n° 6; *Notaire*, n°s 54 à 56.— Carré, *Comp.*, 2e part, liv. 1er. tit. 3, chap. 1er, art. 112 et 113, éd. in-8°, t. 2, p. 369 et 370; et liv. II, tit. 1er, chap. 1er, art. 225 *Q.* 192,

(1) On remarquera que cet arrêt, qui reconnaît aux créanciers le droit de poursuivre devant le tribunal du domicile élu les actions du débiteur relatives à cet acte, est fondé sur l'art. 1166 du Code civil, qui veut que les créanciers puissent exercer tous les droits et actions de leur débiteur, *excepté ceux qui sont attachés à la personne*. Or, on ne pourrait comprendre dans cette exception, comme le remarque M. Coffinières, le droit de faire au domicile élu les significations relatives à l'acte qui contient cette élection.

t. 3, p. 278.—Locré, t. 21, p. 256, n° 18.— QUESTIONS TRAITÉES : Quels sont les frais qui peuvent être demandés par les officiers ministériels devant les tribunaux où ils ont été faits? *Q.* 276.—L'art. 60 ne fait-il exception qu'aux règles de la compétence territoriale? *Q.* 276 *bis.* — Les frais faits par un huissier à l'occasion d'une contestation soumise à un tribunal de commerce, pourraient-ils être réclamés devant ce tribunal? *Q.* 277 —Les agréés qui représentent les parties devant le tribunal de commerce, les arbitres chargés par une cour de connaître d'une société commerciale, peuvent-ils former leur demande en paiement d'honoraires devant le tribunal de commerce? *Q.* 277 *bis.*—La compétence déterminée par l'art 60, s'étend-elle aux demandes que les officiers ministériels pourraient former en paiement d'honoraires dus à des soins d'un autre genre que ceux dont ils sont chargés par la loi? *Q.* 277 *ter.* — L'action d'un avocat en paiement de ses honoraires de plaidoirie doit-elle être portée devant le tribunal qui a connu de l'affaire, quoique ce ne soit pas celui du domicile du défendeur? *Q.* 277 *quater.* — L'exception portée en l'art. 60 ne s'applique-t-elle que dans le seul cas où les frais n'avaient pas encore été réglés ou fixés? *Q.* 278.—L'art. 60 étant impératif, une partie serait-elle fondée à décliner le tribunal de son domicile réel, si elle y était assignée en demande de frais faits dans un autre tribunal? *Q.* 279.] V. *infrà*, p. 311, *Q.* 279 *bis.*

LI. L'espèce de privilége que la loi, par cet article, accorde aux officiers ministériels, est fondé, 1° sur ce que le contrat entre eux et le client s'est formé au tribunal auquel ils sont attachés ; 2° sur ce que ce même tribunal est celui qui a sur eux droit de discipline, et qui peut taxer les frais le plus exactement; 3° sur ce qu'il importe au public que ces officiers, dont le ministère est forcé, ne soient point détournés de leurs fonctions, et qu'il ne serait pas juste, lorsqu'ils ne peuvent le refuser, de les exposer à poursuivre au loin et à grands frais les vacations et avances qui leur seraient dues.

276. *Quels sont les frais qui peuvent être demandés par les officiers ministériels devant le tribunal où ils ont été faits?*

Ce sont, 1° les frais des greffiers qui ne se seraient pas fait payer d'avance les expéditions;

2° Ceux que les avoués ont faits pour leur partie;

3° Ceux enfin des huissiers et des notaires, pour le règlement de leurs avances et vacations, avoués et huissiers, pour les actes de leur ministère dans les affaires en instance à leur tribunal (1).

---

(1) Nous avions cru dans notre analyse, devoir exclure au bénéfice de l'art. 60 les notaires dont les actes ne sont point judiciaires, et les huissiers, en ce qui concernait les frais des actes qui ne tiennent à aucune contestation. Telle est aussi l'opinion de M. Lepage, dans ses *Questions*, p. 107.

Les auteurs des *Annales du Notariat*, Comm., t. 1er, p. 90 et 116, ne pensent pas que cette exclusion résulte positivement des termes dans lesquels l'art. 60 est conçu. Les motifs sur lesquels ils s'appuient nous paraissent d'un grand poids, et nous sommes porté à croire qu'ils pourraient prévaloir sur l'induction, peut-être rigoureuse, que nous avions tirée du texte de la loi.

En effet, si la raison de l'attribution donnée, sur ce point, au tribunal où les frais ont été faits, est qu'il peut les liquider avec plus de justice, de connaissance de cause et de célérité ; si le législateur a voulu, d'un autre côté, éviter le déplacement d'un officier ministériel du lieu de l'exercice de ses fonctions; s'il a considéré qu'il était juste que le juge d'une demande de frais fût celui sous la juridiction duquel le contrat s'est passé entre la partie et l'officier ministériel, tout cela peut s'appliquer au *notaire* et à *l'huissier*, comme à l'avoué et au greffier.

Les premiers sont soumis, comme ceux-ci, à la taxe du président du tribunal de leur arrondissement, pour toutes leurs vacations, si les parties le requièrent, en conformité du décret du 16 fév. 1807.

[Ce qui n'empêche pas que lorsqu'une Cour royale est saisie d'une demande formée par un notaire pour prêt fait à son client elle ne puisse, du consentement des parties, taxer aussi les droits et honoraires qu'il réclame. (*Cass.*, 9 fév. 1836, *J. Av.*, t. 50, p. 95.)]

Il est à remarquer, en outre, que l'art. 9 de ce décret porte que « les demandes des « avoués et *autres officiers ministériels*, en « paiement de frais contre les parties pour « lesquelles ils auront occupé ou *instru-*

[[Et de tous les officiers ministériels, tels que commissaires-priseurs, et autres.]]

Add. — Sur cette question, nous avons considéré l'art. 60 comme étant applicable aux avances et vacations des huissiers et des notaires pour les actes de leur ministère dans les affaires *en instance au tribunal* dans le ressort duquel ils exercent leurs fonctions; mais un jugement du tribunal de Loches, rapporté dans le *Spectateur des Tribunaux*, n° 204 (vendredi 23 février 1827), a décidé le contraire, il est ainsi motivé:

« Si, par l'art. 60 du Code de procédure, la loi a fait une exception à cette « règle générale en faveur des *officiers ministériels*, les notaires ne doivent point « être rangés dans cette classe par plusieurs raisons : la première est que les « honoraires et déboursés des actes qu'ils reçoivent ne sont point des frais « faits devant un tribunal, mais bien dans leur étude ou dans l'étendue de « leur ressort; ils ne sont point attachés à un tribunal ainsi que les avoués et « les huissiers. C'est ce qui résulte de l'art. 5 de la loi du 25 ventôse an 11, qui « dit que les notaires exercent *leurs fonctions*, savoir ceux des villes où est « établi le tribunal d'appel (aujourd'hui la Cour), dans l'étendue du ressort de « ce tribunal, ceux des villes où il n'y a qu'un tribunal de première instance « dans l'étendue du ressort de ce tribunal; ceux des autres communes dans « l'étendue du ressort du tribunal de paix. La seconde raison qui fait que les « notaires ne doivent pas être assimilés *aux officiers ministériels* dont parle « l'art. 60 précité, c'est qu'ils ne sont pas dispensés du préliminaire de con- « ciliation, comme les avoués, par l'art. 49 du Code de procédure, et par l'art. 9 « du décret du 16 février 1807, et, enfin, qu'ils ne sont point soumis aux di- « verses prescriptions d'un an et de deux ans admises par le Code civil (art. 2272 « et 2273) pour les avoués et les huissiers. »

Quoi qu'il en soit, nous persistons dans l'opinion que nous avons d'abord émise en nous appuyant de celle de PIGEAU, *Comm.* t. 1, p. 172, qui maintient aussi que la demande de frais faits par des notaires et des huissiers, même

---

« *menté,* seront portées à l'audience sans « qu'il soit besoin de citer en conciliation, « et qu'il sera donné, en tête des assigna- « tions, copie ou mémoire des frais récla- « més. »

Comment ces assignations pourraient-elles être données devant un autre tribunal que celui dont le président a le pouvoir de liquider ces frais? Comment pourrait-on supposer que le législateur eût voulu restreindre aux avoués seulement le privilége de plaider devant leurs juges, pour les frais qui leur sont dus, et forcer, soit un huissier, soit un notaire, à aller à des distances souvent très éloignées, poursuivre le paiement de leurs vacations; par exemple, pour une saisie faite en exécution d'un acte authentique, qui, par cela même, ne sera susceptible d'aucune contestation judiciaire devant le tribunal de l'arrondissement?...

Et quant aux notaires, on ne peut contester que, pour procéder au réglement de leurs frais et honoraires, il n'est pas sans exemple que le juge demande la représentation des minutes qui en sont l'objet. Or, prétendra-t-on que le notaire devra porter lui-même ou envoyer les minutes à des distances quelquefois fort éloignées? Les frais et les dangers d'un pareil déplacement sont trop visibles, pour que l'on puisse croire que le législateur ait eu cette intention.

Par toutes ces considérations, nous nous rangeons à l'opinion de ceux qui croient devoir appliquer l'art. 60, sans distinction des frais judiciaires ou extrajudiciaires, à tout officier ministériel.

[L'opinion développée par M. Carré, dans cette note est aussi adoptée, avec raison, par MM. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 172, THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 152; BONCENNE, t. 2, p. 253; BOITARD, t. 1, p. 236, et ROLLAND DE VILLARGUE, v° *Honoraires*, n° 112. Cependant elle est en opposition avec plusieurs décisions du Ministre de la justice rapportées au *J. Av.*, t. 16, p. 221, n° 35 et avec un arrêt de la Cour de Poitiers du 7 déc. 1830 (*J. Av.*, t. 40, p. 358). Mais elle a été consacrée par les Cours de Toulouse, le 7 août 1819 (*J. Av.*, t. 16, p. 818), et d'Orléans, le 15 mars 1832 (*J. Av.*, t. 54, p. 68).]

pour *des actes extrajudiciaires*, « doit être portée au tribunal dans le ressort « duquel ces officiers exercent leurs fonctions, et non pas à celui du défen- « deur, attendu que c'est en général à ce tribunal qu'ils répondent de l'exer- « cice de leurs fonctions. » — **Carr**

[[Voir à la note]] et développements puisés dans la doctrine et la jurisprudence. **Supp. alph.**, v° *Ajourn.*, n. 141 et suiv.

[[**276** bis. *L'art. 60 ne fait-il exception qu'aux règles de la compétence territoriale?*

Il fait encore exception aux règles d'attribution sous le rapport des divers degrés de juridiction, car en prescrivant aux officiers ministériels de porter leur demande en paiement devant le tribunal où ces frais ont été faits, il désigne les Cours royales comme devant juger de pareilles demandes lorsqu'elles sont intentées par des avoués qui ont occupé devant elles, quand même ils auraient cessé leurs fonctions; Paris 3 octobre 1810 (*J. Av.*, t. 5. p. 301). Il rend compétents les tribunaux d'arrondissement à l'égard des frais exposés devant eux, alors même que n'excédant pas 200 fr., la demande serait, par sa valeur, attribuée à la juridiction du juge de paix, et enfin il soumet à celle-ci les demandes de frais faits devant ces juges, alors même qu'ils excéderaient cette somme. Voir notre question 8 *bis*. MM. THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 152 et 153, BONCENNE, t. 1, p. 234, font la même observation.

Cette seconde conséquence de l'art. 60 tient à ce que l'un des motifs qui ont dicté sa disposition est le pouvoir disciplinaire, dont se trouve investi chacun de ces tribunaux pour taxer les frais des officiers attachés à sa juridiction, et pour réprimer les abus qu'ils pourraient se permettre.

D'où il suit que, quant aux demandes faites par les huissiers, la Cour royale ne serait jamais compétente, alors même qu'il s'agirait d'actes se rattachant à une procédure d'appel, parce que tous les huissiers sont soumis, pour la juridiction disciplinaire, au tribunal d'arrondissement, c'est donc à ce tribunal, dans le ressort duquel la procédure aurait été faite, qu'il appartiendrait de statuer. Cette solution qu'adopte M. THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 153, a de l'analogie avec celle que nous avons donnée sur la *Quest.* 276, relativement aux notaires et autres officiers ministériels, dont les fonctions ne consistent pas à occuper dans des procédures judiciaires.]]

Supp. alph., v° *Ajournem.*, n. 152 et suiv.

277. *Les frais faits par un huissier, à l'occasion d'une contestation soumise à un tribunal de commerce pourraient-ils être réclamés devant ce tribunal?*

Nous avions décidé cette question pour la négative, attendu que la juridiction de ce tribunal ne peut s'étendre à une contestation non commerciale, et qu'il ne connaît point de l'exécution de ses jugements, à laquelle la demande de l'huissier se rattacherait au moins indirectement. C'est aussi l'avis de M. Lepage, *Quest.*, p. 10.

On a opposé, contre cette opinion, la généralité des termes de l'art. 60. Nous répondrons qu'il n'est applicable qu'aux officiers ministériels attachés aux tribunaux civils, puisque le titre 25 du liv. 2, qui contient les règles spéciales relatives aux tribunaux de commerce, n'en rappelle point la disposition. Nous trouvons d'ailleurs un appui à notre opinion dans l'arrêt rapporté *J. Av.* t. 2, p. 552, v° *Agréé*, n° 4, et par lequel la Cour suprême déclare que les tribunaux de commerce étant des tribunaux d'exception, ne peuvent connaître que des objets qui leur sont nommément attribués par les art. 631, 632 et 633 du Code de commerce. Or, dans ces articles, il n'est pas question des demande de frais que formeraient des officiers ministériels.

[[Il résulte des observations que nous avons faites sous le n° 276 *bis*, que, dans le cas de la question actuelle, ce serait au tribunal civil d'arrondissement que la demande devrait être portée. C'est aussi ce que pensent MM. BONCENNE, t. 2, p. 253; THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 153, et ce qui résulte d'un arrêt de la Cour de Caen du 16 août 1811, cité par ce dernier auteur.

La chambre civile de la Cour de cassation a rendu le 31 janvier 1837 (*J. Av.*, t. 52, p. 222, et *J. P.*, t. 1 de 1837, p. 252) un arrêt de rejet, par lequel elle a décidé qu'un huissier pouvait porter devant le tribunal de commerce une demande en paiement de frais dirigée contre un agent d'affaires. Cet arrêt est motivé sur ce que l'agent d'affaires etant commerçant, et ses opérations étant des actes de commerce, aux termes de l'art. 632 du Code de commerce, les obligations qui en résultent sont de la compétence des juges consulaires. Un pareil motif ne nous semble pas soutenable en présence de la disposition exceptionnelle et formelle de l'art. 60 Cod. proc. civ. Ce n'est pas la qualité de celui qui requiert le ministère de l'huissier, c'est le caractère du demandeur, et la nature de la demande qui, dans ce cas, déterminent la compétence.]]

Supp. alph., v° *Ajournem.*, n. 163 et 164.

[[**277** bis. *Les agréés qui representent les parties devant les tribunaux de commerce, les arbitres chargés par une cour de connaître d'une société commerciale, doivent-ils former leur demande en paiement d'honoraires devant le tribunal de commerce?*

L'affirmative a ete jugée en faveur des agréés par la Cour de Paris le 14 juin 1833 (*J. Av.*, t. 45, p. 734), mais cette jurisprudence, contraire à deux arrêts, l'un de la Cour de cassation du 5 septembre 1814 (*J. Av.*, t. 2, p. 552), l'autre de la Cour de Colmar du 5 août 1826 (*J. Av.*, t. 33, p. 223), et à l'opinion de MM. PARDESSUS, t. 5, p. 15, FAVARD DE LANGLADE, t. 1, p. 134, n° 11, et THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 152, ne doit pas être suivie, 1° parce que ces mandataires n'étant pas des officiers ministériels, l'art. 60 ne les concerne pas, 2° parce que la demande qu'ils formeraient n'étant pas une demande commerciale, les tribunaux de commerce ne peuvent en connaître.

C'est donc au tribunal civil d'arrondissement du domicile du défendeur que la demande des agréés et des arbitres devrait être portée.

Quoique des arbitres eussent été désignés par une Cour royale, néanmoins cette Cour ne pourrait pas connaître de leur demande d'honoraires. Lyon, 30 août 1828 (*J. Av.*, t. 36, p. 267). Telle était aussi l'opinion de M. Carré, dans une note manuscrite ainsi conçue : *Les tribunaux ordinaires sont, à notre avis, les seuls auxquels il appartient régulièrement de connaître de l'action personnelle qu'auraient des arbitres en paiement de leurs honoraires.*]] **Supp. alph.**, n. 166 et 167.

[[**277** ter. *La compétence déterminée par l'art. 60 s'étend-elle aux demandes que les officiers ministériels pourraient former en paiement d'honoraires dus à des soins d'un autre genre que ceux dont ils sont chargés par la loi?*

D'après la doctrine enseignée, avec raison, par M. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 172, les officiers ministériels peuvent se refuser à faire des travaux ou des demarches qui ne sont pas taxés par la loi. Mais s'ils en acceptent le mandat, ils ne peuvent, à l'égard de ces sortes de travaux, être considérés que comme des mandataires ordinaires, prêtant gratuitement leurs services, à moins de conventions contraires, et, dans le cas où une rétribution aurait été convenue, ne pouvant en poursuivre le paiement que par action portée devant le tribunal du domicile des défendeurs. C'est ce qu'enseignent MM. DELAPORTE, t. 1, p. 6, et LEPAGE, p. 107, et ce qu'a expressément jugé un arrêt de la Cour de Rennes du 24 juillet 1813 (*J. Av.*, t. 22, p. 89).

Cependant les tribunaux n'appliquent ce principe qu'avec indulgence et réserve; et, lorsque les démarches dont on réclame le salaire, les avances dont on réclame le remboursement, quoique non taxées par la loi, sont néanmoins tellement liées avec la mission légale dont l'officier ministériel était chargé, que celle-ci ne pouvait pas être remplie indépendamment des autres, on aime mieux étendre à cette partie de l'action la compétence établie pour la demande des frais taxés, que d'exposer les parties à un double procès; c'est d'après cet équitable système qu'ont été rendus un arrêt de la Cour de Bourges du 18 décembre 1824 (*J. Av.*, t. 28, p. 211), et un de la Cour de cassation du 0 août 1831 (*J. Av.*, t. 41, p. 505).]] **Supp. alph.**, v° *Ajournem.*, n. 169 et 170.

[[**277** quater. *L'action d'un avocat en paiement de ses honoraires de plaidoirie doit-elle aussi être portée devant le tribunal qui a connu de l'affaire, quoique ce ne soit pas celui du domicile du défendeur?*

L'affirmative a été adoptée par la Cour de Grenoble, 30 juillet 1821 (*J. Av.*, t. 23, p. 338), et par celle de Bruxelles, 2 avril 1825 (*Journ.* de cette Cour, t. 2, p. 111).

Mais, par les raisons que nous avons indiquées *suprà Quest.* 211, nous pensons, avec la Cour de cassation, que cette jurisprudence ne doit pas être suivie. On remarquera que l'arrêt de Grenoble est antérieur à l'ordonnance de 1822.]] **Supp. alph.**, v° *Ajournem.*, n. 171 et 172.

278. *L'exception portée en l'art.* 60 *ne s'applique-t-elle que dans le seul cas où les frais n'auraient pas encore été réglés ou fixés?*

« Si le règlement des frais a été fait par un titre quelconque, dit M. Delaporte, t. 1, p. 63, l'officier ministériel n'a plus qu'une créance ordinaire, une simple action personnelle, qui, comme toute autre, doit être portée devant le juge du domicile du débiteur. Décider autrement, ce serait accorder aux officiers ministériels un privilége exorbitant, contraire aux principes communs de notre droit, et qui n'est certainement point dans l'intention de la loi.

Nous croyons que la généralité des termes de l'art. 60 s'oppose à ce que l'on admette une telle distinction, et qu'en donnant, en tous les cas, à l'officier ministériel le droit de réclamer les frais devant le tribunal où ils ont été faits, on a bien moins accordé un privilége exorbitant, qu'un droit que commandait, soit la nécessité de ne pas distraire un officier ministériel du tribunal où sa présence est exigée, et où, d'ailleurs, le contrat entre lui et son client a été formé, soit surtout l'avantage que trouvent toutes les parties à être jugées par un tribunal qui, plus que tout autre, est à portée de juger avec une entière connaissance de cause (1).

---

(1) Il est à remarquer, au surplus, que la disposition de l'art. 60 n'est pas nouvelle; elle était généralement consacrée dans l'ancienne jurisprudence, ainsi que l'atteste une circulaire du Ministre de la justice du 13 mess. an IX; elle a été confirmée au commencement de la révolution, à l'occasion du changement des tribunaux, par lettres patentes du 15 avril 1790, enregistrées à la Cour supérieure provisoire alors établie à Rennes; elle a été répétée par l'art. 14 de la loi du 20 mars 1791, décrétée le 19 janv. Son exécution a été spécialement recommandée aux tribunaux par la circulaire que nous venons de citer.

Nous ne voyons la distinction que fait M. Delaporte, ni dans la circulaire de messidor an IX, ni dans la loi de mars 1791, ni dans les lettres patentes d'avril 1790; nous ne la trouvons pas dans l'ancienne jurisprudence, et nous la voyons implicitement rejetée par un arrêt du 5 mai 1735, rapporté

[[Nous croyons dans l'esprit de la loi que l'avoué ne puisse pas, en novant sa créance, éviter la compétence, et par conséquent le contrôle du tribunal auquel il est attaché. *V.* la *Quest.* suiv.]] **Supp. alph.** v° *Ajourn.*, n. 173 et s.

279. *L'art. 60 étant impératif, une partie serait-elle fondée à décliner le tribunal de son domicile réel, si elle y était assignée en demande de frais faits dans un autre tribunal?*

Oui, 1° parce que l'article est général et qu'il dispose impérativement dans l'intérêt de toutes les parties; 2° parce que, suivant la circulaire dont nous venons de parler p. 310, à la note, le tribunal où la contestation a été discutée et jugée peut mieux que tout autre, comme nous l'avons remarqué, statuer sur les frais auxquels elle a donné lieu, et qui n'en sont en quelque sorte que l'accessoire; 3° parce que, suivant la même circulaire, l'action de l'avoué en paiement de salaire n'est qu'une suite et un accessoire de l'action principale, dans laquelle il a prêté son ministère; 4° parce que, suivant la même circulaire et l'art. 2 de l'arrêté des consuls du 13 frimaire an 9, la chambre des avoués établie près chaque tribunal est chargée du soin de concilier les difficultés qui peuvent s'élever entre les avoués et leurs clients, à raison de la taxe des frais, et qu'il peut importer au client d'avoir pour médiatrice la chambre du corps auquel appartient son avoué; 5° parce qu'il ne convient pas qu'un avoué, qui occupe près d'un tribunal supérieur, aille faire régler les frais qu'il a faits devant ce tribunal par un tribunal inférieur. Le tribunal supérieur les réglerait en meilleure connaissance de cause, et sans appel, et le pourvoi au tribunal inférieur donnerait lieu à deux degrés de juridiction.

[[En un mot, la compétence réglée par l'art. 60 est dans l'intérêt des deux parties, et l'une ne peut y renoncer au préjudice de l'autre. C'est l'avis de MM. THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 151 et 152, et BOITARD, t. 1, p. 232 et 233.]]

Supp., p. 59. *Prescription de l'action en paiement des frais; rétention des pièces; intérêts.* Q. 279 *bis*.

ART. 61. L'exploit d'ajournement contiendra, 1° la date des jour, mois et an (V. § 1, *Mention de la date*), les noms, profession et *domicile* (1) du demandeur (§ 2, *Mention relative au demandeur*), la constitution de l'avoué qui occupera pour lui, et chez lequel l'élection de domicile sera de droit (2, à moins d'une élection contraire par le même exploit (§ 3, *Mention de la constitution d'avoué*);

---

dans le *Journal du Parlement de Bretagne*, t. 1, chap. 42.

On peut voir dans ce même chapitre, p. 314, l'inconvénient qu'il y aurait à admettre la distinction qu'adopte M. Delaporte. Un avoué doit traiter ses clients avec honnêteté, avec humanité. Si, lorsqu'ils sont hors d'état de le payer en peu de temps, il ne peut recevoir d'eux une obligation par écrit du montant de ses frais, sans perdre le privilége qu'il a de les assigner en paiement devant le tribunal où il a occupé pour eux, il serait forcé de les assigner et de leur faire des frais avant l'échéance des deux ans, afin d'éviter la prescription de sa créance.

Enfin, *ubi lex generaliter loquitur, generaliter est accipienda.* L'art. 60 étend le privilége à toutes les *demandes* formées pour frais par les officiers ministériels. Or, n'est-ce pas toujours *pour frais* que l'avoué agit contre son client, soit qu'il signifie en tête de l'assignation *copie du mémoire des frais réclamés*, conformément à l'art. 9 du décret du 16 fév. 1807, relatif à la liquidation des dépens, soit qu'il signifie copie de la reconnaissance qu'on lui a donnée de ses frais.

(1) *Réel*, et non pas *élu*, afin que le défendeur puisse aller trouver son adversaire, s'il croit expédient de lui faire des offres ou de prendre des arrangements avec lui.

(2) Remarquons qu'il n'est pas nécessaire d'élire domicile en justice de paix et de commerce, où d'ailleurs on ne constitue pas d'avoué.

2° Les noms, demeure et immatricule de l'huissier (1) (§ 4, *Mention relative à l'huissier*), les noms et demeure du défendeur (§ 5, *Mention relative au défendeur*), et mention de la personne à laquelle copie de l'exploit sera laissée (§ 6, *Mention de la remise de la copie*);

3° L'objet de la demande, l'exposé sommaire des moyens (§ 7, *Mention de l'objet et des moyens de la demande*);

4° L'indication du tribunal qui doit connaître de la demande (§ 8, *Mention du tribunal compétent*), et du délai pour comparaître; (§ 9, *Mention du délai*) : le tout à peine de nullité; (§ 10, *Application générale de la disposition de l'art.* 61, *relative à la nullité de l'ajournement*) (2).

T. 27, 68. [Notre Comm. du Tarif, au titre de l'ajournement.] Ord. de 1667, tit. 2, Cod. de proc., art. 1, 68, 71, 467 et 1029.—[Notre Dict. gén. de Proc, vis *Appel*, nos 303, 316 à 350, 353 à 366, 368 à 377, 401, 403, 404 à 410, 413 à 422, 426, 427, 430 à 432, 437, 489, 498, 500, 504, 510, 511, 513, 521 à 527, 558, 559, *Enregistrement*, nos 170, 224 et 225; *Exploit*, nos 3 à 6, 11, 12, 36, 38 à 48, 53à 85, 87 à 99, 101 à 129, 132, 138, 144 à 149, 173, 211, 234, 235, 238, 356 à 261, 263, 269 à 271, 274, 294 à 300, 308, 311, 312, 313, 318, 322, 323, 326 à 331, 333, 333 *bis*, 334, 338, 345, 345 *bis*, 358, 359, 393, 394, 397, 399, 400, 401, 405, 4°0, 411, 413, 414, *Jugement par défaut*, nos 142, 147; *Suisie-arrêt*, n° 144; *Signification*, nos 45, 46, 54, 66, 68, 69, 70, 72, 73, 74, 76 et 77. — Devilleneuve, vis *Ajournement*, nos 1 à 30; *Appel*, nos 92 à 100; *Constitution d'avoué*, nos 1 à 10; *Exploit*, nos 1 à 119; *Signification à avoué*, nos 1 à 10. — Armand Dalloz, vis *Appel*, nos 217 à 222; *Exploit*, nos 1 à 587, 606 à 835. — Carré, *Compétence*, 2e part, liv. 1er, tit. 1er, art. 12, *Q.* 33, éd. in-8°, t. 1er, p. 237, et liv. 2, tit. 3, art. 258 *Q.* 253, t. 4, p 61. — Locré, t. 21, p. 256, n° 19 et 20; p. 528, n° 18; p. 566, n° 28. — QUESTIONS TRAITÉES : Tout exploit est-il soumis aux formalités prescrites par l'art. 61? *Q.* 280. — Quelles sont donc les formalités générales de l'exploit? *Q.* 281. — Mais les actes d'avoué à avoué étant des exploits s'ensuit-il qu'ils soient soumis à ces formalités? *Q.* 282.—Est-il nécessaire dans les exploits d'ajournement, d'indiquer l'heure de même que le jour, le mois et l'an? *Q.* 283.—L'exploit ne peut-il être déclaré nul que dans le seul cas où l'huissier aurait complétement omis la date, soit de l'an, soit du mois, soit du jour, en sorte qu'il serait valable, si cette date n'était exprimée qu'imparfaitement? *Q* 284.—Faut-il, sous peine de nullité, que la date soit écrite en toutes lettres? *Q.* 284 *bis*. — Est-il nécessaire de faire aussi dans un exploit mention du lieu où il est fait? *Q.* 284 *ter*. — Si la date est exprimée par le quantième du mois et par le jour de la semaine, et que ces indications ne concordent pas, l'exploit est-il nul? *Q.* 284 *quater*. — En exigeant la mention des noms, la loi a-t-elle entendu prescrire non-seulement le nom de famille, mais encore les prénoms et surnoms du demandeur? *Q.* 285. — Quand un exploit est signifié à requête d'un préfet, d'un maire, d'un procureur du roi, est-il nécessaire de relater les noms de ces fonctionnaires? *Q.* 286. — Lorsqu'il y a plusieurs demandeurs, l'assignation donnée à la requête de l'un d'eux qui serait seul nommé avec addition de ces expressions *et consorts* serait-elle nulle? *Q.* 287. — Comment doit-on désigner une société demanderesse? *Q.* 287 *bis*.—Suit-il de la solution précédente qu'une assignation soit valable lorsqu'elle est donnée au nom d'un tel et compagnie? *Q.* 287 *ter*.—L'exploit serait-il nul, même à l'égard de la personne qui serait denommée? *Q.* 288.—Le consignataire d'un bâtiment ou de sa cargaison, peut-il assigner en son propre nom, dans l'intérêt de ses commettants et sans faire connaître leurs noms? *Q.* 289.— Quoi qu'il en soit de la question ci-dessus, est-il vrai que d'après l'ancienne maxime, *nul en France*, etc,, un exploit serait nul s'il était donné à requête du mandataire en nom qualifié, c'est-à-dire comme agissant pour son mandant qu'il nomme, et non pas *à requête* et au nom du mandant suites et diligences du mandataire? *Q.* 290. — L'assignation serait-elle nulle par cela même que la partie à la requête de laquelle elle a été signifiée, serait décédée le jour même de sa notification? *Q* 291.—Lorsque la demande est formée par une personne qui n'a pas le libre exercice de ses droits, suffirait-il de désigner celui qui doit agir pour elle? *Q.*292.—Doit-on mentionner dans l'exploit que le demandeur n'a pas de profession?

---

(1) *V.*, sur les fonctions et devoirs des huissiers, notre *Traité d'organisation et de compétence*, liv. 1er, tit. 3, chap. 4.

(2) Un grand nombre de questions et décisions relatives à l'application de l'art. 61 se trouvent sur l'art. 456, parce que l'acte d'appel est soumis à toutes les formalités prescrites par le premier de ces articles pour l'exploit d'ajournement.

[Nous avons tâché de réunir, au contraire, sous les articles de ce titre, toutes les questions relatives aux formalités proprement dites de l'exploit en général, et de rapporter toutes les décisions intervenues sur cette matière, encore qu'elles aient été rendues sur des actes d'appel.

Nous ne renvoyons à l'art. 456 que ce qui est exclusivement relatif à l'acte d'appel, à raison de sa nature et de son objet particulier.]

Q. 293. — Une erreur sur la profession du demandeur, vicierait-elle l'exploit si cette fausse désignation n'avait pu tromper le défendeur sur la personne à la requête de laquelle il aurait été donné? *Q.* 293 *bis.* — L'exploit est-il valable à requête d'un tel et compagnie, sans l'indication de l'objet du commerce? *Q.* 294. — Lorsque la demande est relative au commerce, à la profession ou à l'industrie du demandeur, doit-on, à peine de nullité, ajouter la mention de sa patente? *Q.* 295. — Suffirait-il pour la validité d'un exploit d'ajournement, que l'on mentionnât l'élection de domicile que ferait le demandeur dans cet exploit? *Q.* 296. — L'appel signifié au nom du maire d'une commune, agissant en cette qualité, est-il nul, si le domicile de ce fonctionnaire n'a pas été désigné dans l'exploit *Q.* 296 *bis.* — Quel domicile doit indiquer la femme mariée demanderesse? *Q.* 296 *ter.* — Si l'assignation est donnée aux suites et diligences d'un procurateur, suffit-il de mentionner le domicile de celui-ci? *Q.* 297. — Le domicile est-il suffisamment désigné par le nom de la ville ou de la commune? *Q.* 298. — L'exploit est-il valable s'il est donné à requête de tel, vivant, négociant (ou exerçant toute autre profession) en telle ville? *Q* 299. — La mention de la demeure équivaut-elle à l'indication du domicile? *Q.* 300. — Un exploit d'ajournement est-il nul, lorsque la constitution d'avoué porte par erreur sur un avoué qui aurait cessé de l'être par décès, destitution ou acceptation de fonctions incompatibles, si d'ailleurs les parties avaient, par un acte séparé, fait une nouvelle constitution? *Q.* 301. — La constitution d'un avoué désigné seulement par le titre de doyen des avoués, est-elle valable? *Q.* 302. — Si l'exploit contenait élection expresse de domicile chez un avoué sans ajouter qu'on le constitue, serait-il néanmoins par cette formule régulièrement constitué? peut-on admettre des équipollents d'un autre genre? *Q.* 302 *bis.* — La nullité résultant du défaut de constitution valable d'avoué est-elle couverte par la signification d'une constitution faite par l'avoué du défendeur au véritable avoué du demandeur? *Q.* 302 *ter.* — Un exploit serait-il nul dans le cas où un avoué étant lui-même demandeur en privé nom, ne ferait pas constitution d'avoué, mais déclarerait s'expédier par lui-même? *Q.* 303. — Le demandeur qui élirait un autre domicile que celui de l'avoué qu'il constitue, pourrait-il choisir ce domicile hors du lieu où siége le tribunal? *Q.* 304. — S'il y a plusieurs demandeurs comment doivent-ils constituer avoué et élire domicile? *Q.* 304 *bis.* — Le préfet et les administrations publiques agissant au nom de l'Etat, doivent-ils aussi constituer avoué dans les exploits d'ajournement qu'ils font signifier? *Q.* 304 *ter.* — Quel est le motif de l'élection du domicile prescrit par l'art. 61, et quels sont les résultats de cette élection? *Q.* 304 *quater.* — L'huissier devant indiquer sa demeure, doit-il indiquer en même temps la rue et le numéro de la maison? *Q.* 305. — Faut-il que l'huissier signe l'exploit? *Q.* 305 *bis.* — L'immatricule, la date et le parlant à, doivent-ils être nécessairement écrits de la main de l'huissier? *Q.* 305 *ter.* — Peut-on admettre les équipollents, dans la mention de l'immatricule et de la demeure de l'huissier? *Q.* 305 *quater.* — Doit-on indiquer les prénoms et la profession du défendeur? *Q.* 306. — Le mot *noms* est-il restreint aux noms propres ou comprend-il les noms collectifs? *Q* 307. — A qui doivent être adressés les exploits dans les instances, lorsque le défendeur est un incapable, ou lorsque d'incapable il devient capable? *Q.* 307 *bis.* — De ce que l'art. 61 exige que l'huissier indique la demeure du défendeur s'ensuit-il qu'il y aurait nullité de l'exploit qui, au lieu du mot *demeure*, contiendrait le mot *domicile?* *Q.* 308. — L'indication de la demeure du défendeur est-elle indispensable, alors même que l'exploit est signifié à domicile élu ou à la personne même de l'assigné? *Q.* 308 *bis.* — La mention de la remise de la copie est-elle rigoureusement exigée? *Q.* 308 *ter.* — Si la personne trouvée au domicile de l'assigné refusait de donner à l'huissier les renseignements qui lui sont nécessaires pour faire la mention des rapports qu'elle aurait avec celui-ci, cet officier ministériel pourrait-il suppléer à cette mention par celle de l'interpellation qu'il lui aurait faite et de sa réponse? *Q.* 309. — Dans quelle partie de l'exploit doit-on mentionner les noms ou qualités de la personne à qui la copie en est laissée, et devrait-on l'annuler si cette mention ne se trouvait pas directement à la suite du *parlant à?* *Q.* 310. — Si l'huissier n'a pas fait mention qu'il a laissé la copie, peut-on être reçu à prouver qu'il l'a laissée? *Q.* 311. — L'huissier est-il tenu de mentionner, sur l'original de l'exploit, la réponse de celui à qui il remet la copie? s'il la mentionne, cette réponse fera-t-elle foi jusqu'à inscription de faux? *Q.* 311 *bis.* — Si l'objet de la demande et l'exposé sommaire des moyens se trouvaient dans le procès-verbal de non-conciliation, dont copie serait donnée en tête de l'exploit, y aurait-il nullité de cet exploit qui ne répéterait pas cet objet et cet exposé? *Q.* 312. — Un exploit serait-il nul, s'il citait à comparaître devant le tribunal de telle ville, sans indiquer si ce tribunal est un tribunal de première instance ou un tribunal de commerce? *Q.* 313. — Un exploit qui n'indiquerait pas le local où le tribunal tient ses audiences, serait-il nul? *Q.* 314. — L'exploit qui contiendrait assignation *aux délais de la loi*, sans indication plus précise, serait-il valable? *Q.* 314 *bis.* — Si, d'après la jurisprudence, on décide que les expressions: *Délai de la loi* sont suffisantes pour la validité de l'ajournement, cette décision s'appliquerait-elle dans le cas où l'exploit concernerait un défendeur étranger? *Q.* 315. — Mais du moins un exploit d'ajournement portant assignation à *comparaître après le délai expiré*, serait-il nul? *Q.* 316. — *Quid* de l'ajournement donné à comparaître à la première audience utile? *Q.* 317. — Ces expressions *Délai de la loi* ne sont-elles suffisantes pour la validité de l'ajournement que lorsqu'il s'agit d'assigner à comparaître au délai ordinaire de huitaine, en sorte qu'il y aurait nullité de l'exploit si l'on n'avait pas ajouté à ces expressions génériques celles-ci : *outre un jour par trois myriamètres à raison des distances?* *Q.* 318. — Supposons cependant qu'à la place de ces mots *délai de la loi* l'assignation dans un cas où il y aurait lieu à augmenter le délai à raison des distances, serait donnée à comparaître à huitaine franche l'exploit serait-il nul par défaut d'indication suffisante du délai? *Q.* 319. — Lorsque la loi a indiqué un délai particulier pour comparaître, comme par exemple dans l'espèce de l'art. 193 du Code, où le délai n'est que de trois jours, et dans une foule d'autres cas où il est aussi plus court que le délai ordinaire, l'assignation donnée dans le délai de la loi remplira-t-elle également le but que le législateur s'est proposé? *Q.* 320. — L'exploit est-il nul si l'assignation indique un délai moins long que celui qui est fixé par la loi? *Q.* 321. — *Quid juris*, si, au contraire, l'assignation indiquait un délai plus long que celui prescrit par la loi? *Q.* 322. — Mais, du moins, le demandeur ne pour-

rait-il pas, à l'expiration du délai donné par la loi, et avant l'échéance de celui donné par l'assignation, obtenir défaut contre le défendeur? *Q.* 323.—Le demandeur pourrait-il réassigner le défendeur à comparaître à l'échéance du délai légal qui commencerait à courir du jour de la première assignation? autrement pourrait-il réassigner à comparaître au jour auquel devrait échoir le délai légal qu'il aurait excédé dans sa première assignation? *Q.* 324. — Le défendeur qui aurait été assigné à un délai trop long et qui croirait avoir intérêt à faire prononcer promptement sur l'objet de la demande, pourrait-il *anticiper* en constituant avoué et poursuivant l'audience à l'échéance du délai légal? *Q.* 325. — Si le jour de la comparution est indiqué par le quantième du mois et par le jour de la semaine, et que ces indications ne concordent pas, l'exploit est-il nul? *Q.* 325 *bis*. — Quand l'assignation est donnée à un domicile élu, le délai doit-il être calculé d'après la distance de ce domicile au lieu où siège le tribunal, et non d'après celle du domicile réel? *Q.* 326. — L'ajournement est-il nul lorsqu'il contient assignation pour un jour férié? *Q.* 326 *bis*. — N'est-il pas encore une formalité relative à l'enregistrement, à remplir pour la validité de l'exploit? *Q.* 326 *ter*.—L'exploit est-il nul si la copie contient des nullités que ne présenterait pas l'original? *Q.* 327. — Quelle foi doit être ajoutée aux énonciations d'un exploit? La preuve de l'accomplissement des formalités peut-elle résulter d'éléments autres que ces énonciations? *Q.* 327 *bis*.— Les surcharges, ratures, renvois non approuvés sont-ils une cause de nullité de l'exploit? *Q.* 327 *ter*.]

LII. Les formalités exigées par cet article, reposent sur les mêmes motifs que celles qui ont été prescrites par l'art. 1er, pour la citation en justice de paix (*V.* ci-dessus p. 4 et 5). Mais à la différence de ces dernières, la loi attache la peine de nullité à leur inobservation, en sorte que l'exploit est considéré comme s'il n'avait jamais existé. On applique en ce cas, dans toute sa rigueur, la maxime *quod nullum est nullum producit effectum.*

280. *Tout exploit est-il soumis aux formalités prescrites par l'art.* 61?

Non, et la preuve s'en tire de l'art. 68, en ce qu'il porte que tous exploits seront faits à personne ou domicile; et, en effet, puisqu'il dispose pour tous les exploits en général, il s'ensuit que les formalités exigées par l'art. 61 ne concernent que les ajournements; autrement, le législateur se fût exprimé comme dans l'art. 68, et n'eût pas dit: *L'exploit d'*AJOURNEMENT *contiendra*, mais *tous exploits contiendront*, ou *tout exploit contiendra.*

Add.—Par une conséquence de ce que nous avons dit sur cette question, la Cour de Rennes a décidé, le 25 mai 1808, qu'il y a, entre la signification d'un jugement contradictoire et celle d'un ajournement, cette différence notable, que si le domicile de la partie à laquelle la première est faite, ne se trouve pas désigné dans l'exploit par l'indication de la rue et du numéro de la maison, le délai pour relever appel n'en aurait pas moins couru; ainsi a été écartée l'opinion contraire émise en deux mots par M. LEPAGE, dans ses *Questions de Procédure*, p. 110. **Carr.**

[[Il est d'ailleurs évident que, parmi les formalités énumérées dans l'article 61, plusieurs sont spéciales à l'exploit d'ajournement, et ne seraient nullement applicables à celui qui n'aurait point cet objet.

Ainsi, lorsqu'il ne s'agit pas d'une demande à former en justice, il n'y a point de moyens sommaires à exposer, d'avoué à constituer, de tribunal compétent, ni de délai pour comparaître à indiquer.

D'où il suit que, dans une instance liée où les deux parties ont déjà constitué avoué, l'assignation pour être présent à une enquête n'a pas besoin de contenir constitution, quoique le contraire ait été jugé le 5 mars 1830 (*J. Av.* t. 38, p. 365.) par la Cour d'Orléans, dont nous nous expliquons difficilement l'erreur.

Il en est de même, par une semblable raison, des assignations qu'on donne à la partie dans le cas des art. 121 et 329 du Cod. proc. civ., pour comparaître à l'effet de prêter serment en justice, ou de subir un interrogatoire sur faits et articles.]]

281. *Quelles sont donc les formalités générales de l'exploit?*

Ces formalités sont celles qui sont *essentielles* à tout acte notifié par un huissier, et qui consistent dans les noms, demeure et immatricule de cet officier; dans la date du jour, mois et an; dans la désignation de la personne à la requête de laquelle l'exploit est notifié, de celle qu'il concerne, de celle à qui la copie est remise, du domicile de chacune d'elles, et enfin dans la mention du lieu où l'exploit est fait. (BERRIAT, p. 79, note 48; MERLIN, *Quest. de droit*, v° *Triage*, § 3.)

« L'exploit en général est un acte par lequel un officier compétent constate qu'une notification quelconque a été faite à la personne qu'elle concernait. Qu'y a-t-il donc d'essentiel dans cet acte? Evidemment, tout ce qui est indispensable pour que la notification soit bien certaine, toutes les formalités dont l'omission jetterait du doute sur la réalité ou sur l'efficacité de cette notification.

Si l'exploit, comme le dit M. DALLOZ, t. 7, p. 701, n° 3, *ne conserve les droits d'une partie qu'en enchaînant ceux de l'autre*, il est nécessaire que son existence et sa remise soient indubitablement établies; et cela au moyen des formes qui ont été créées dans le but de les constater.

Il est vrai que la loi n'indique nulle part les formalités générales des exploits, qu'elle n'en trace de rigoureuses que pour l'exploit d'ajournement, auquel dès lors elles semblent être spéciales. On pourrait donc invoquer l'art. 1030 pour soustraire à la nullité l'exploit ordinaire qui ne serait pas revêtu de telle ou telle forme indiquée par l'art. 61.

Mais il est de principe avoué par tous les auteurs, textuellement consacré par la Cour de Rennes, le 22 septembre 1810 (*J. Av.*, t. 15, p. 349), et implicitement par un grand nombre de décisions judiciaires, que l'art. 1030 ne doit pas être entendu en ce sens qu'il ne puisse être prononcé d'autres nullités que celles qui le sont formellement par la loi. Sans doute, cet article a eu en vue de mettre un terme à ces distinctions si subtiles, qui nous avaient été transmises par le droit romain : entre les dispositions de lois prohibitives, les dispositions impératives et les dispositions facultatives, on n'a plus voulu que des termes dont s'était servi le législateur il pût dériver une nullité; on a pensé avec raison, que pour que des termes prohibitifs seuls on pût faire résulter cette peine, il faudrait supposer que le législateur a eu toujours en vue la règle qui la ferait prononcer; mais les auteurs, d'accord avec la jurisprudence, en reconnaissant que de l'art. 1030 découle la conséquence que nous venons de signaler, adoptent une autre distinction plus sûre, puisqu'elle tient à la nature de la formalité prescrite. Ils disent tous que les formalités substantielles, celles qui sont indispensables pour qu'un acte remplisse le but de son institution, emportent nullité, encore bien que cette peine ne soit pas expressément prononcée par la loi.

Faisons observer que le but de tous les actes n'étant pas le même, chacun ayant au contraire sa fin particulière et déterminée, les mêmes formalités ne sont pas essentielles à tous; il appartient donc aux magistrats d'apprécier, dans chaque circonstance, si le but de l'exploit a été ou non réellement rempli; et si quelques doutes pouvaient s'élever sur ce point, dans la pratique, comme les nullités sont de droit étroit, ils doivent s'abstenir de les prononcer.

En second lieu, quoiqu'une formalité soit jugée essentielle pour tel ou tel genre d'exploit, il ne s'ensuit pas qu'elle doive se rencontrer en termes formels et explicites dans sa rédaction; il suffit que de la combinaison de ces diverses clauses, ou des circonstances dans lesquelles il a été signifié, et de

leur rapport avec son texte, on puisse induire une notion équivalente à la formalité exigée, comme nous le décidons *infrà* pour la date d'un exploit d'ajournement, sous la *Quest.* 284.]] **Supp. alph.**, v° *Exploit*, n. 2 et suiv.

282. *Mais les actes d'avoué à avoué étant des exploits, s'ensuit-il qu'ils soient soumis à ces formalités?*

L'objection tirée contre l'affirmative de cette question de ce que ces actes sont des *exploits* paraît sérieuse au premier aspect; mais on sait que les huissiers se sont, de tous les temps, bornés dans ces actes au simple rapport de ce qu'ils ont à notifier. Ils n'y mentionnent point leur immatricule, qui ne peut être réputée inconnue de l'avoué auquel ils font une notification, puisqu'il milite près le tribunal même où ils exercent respectivement leurs fonctions, et que, d'ailleurs, il n'y a que les *huissiers audienciers* qui aient qualité pour signifier ces sortes d'actes. On ne pourrait même exiger rigoureusement le nom de l'avoué à requête duquel on notifie, puisqu'il signe *pour ordre*, et ne l'eût-il pas fait, les avoués adverses ne peuvent ignorer que la notification est à requête du confrère qui occupe ou qui a occupé contre eux.

Au reste, l'art. 61 ne prononçant la nullité que pour les ajournements, on ne peut l'étendre aux autres exploits (art. 1030) (1).

[[Cette question paraît fort controversée, du moins si l'on s'en rapporte, sans examen approfondi, au grand nombre d'arrêts qui ont, les uns maintenu, les autres annulé pareilles significations, qui manquaient de telle ou telle formalité. Cependant, en se livrant à une analyse exacte de ces décisions, on se convaincra que le même principe paraît les dominer toutes, à quelques exceptions près, et ce principe est celui que nous avons posé sous la question précédente, savoir qu'on n'exige dans ces actes, sous peine de nullité, que les formalités essentielles à leur existence, à l'accomplissement de leur fin.

Or, il est certain que, lorsqu'une signification a lieu entre avoués, dans le cours du procès, plusieurs des formalités qui seraient essentielles aux exploits ordinaires deviennent inutiles.

Quel besoin d'y insérer le nom de l'avoué, à la requête duquel on signifie, puisque c'est son propre acte que l'on signifie?

Le nom des parties et le but de la signification, puisqu'ils sont mentionnés ou dans les pièces dont on donne copie, ou dans l'acte de communication que l'avoué signifie?

L'immatricule de l'huissier, puisque l'avoué, auquel la signification est faite, ne peut errer sur la qualité d'un huissier attaché au même tribunal que lui?

La date, s'il importe peu à quelle époque la signification a eu lieu?

Mais, par la raison contraire, la date ne sera-elle pas essentielle, s'il s'agit d'un acte dont la remise doit faire courir un délai, ou qui devait lui-même être fait dans un certain délai?

La mention de la personne à qui la copie est laissée ne sera-t-elle pas toujours indispensable pour constater la remise, à moins qu'il soit question d'une signification de procédure qu'on appelle simple acte, qui n'a pas d'im-

---

(1) Quoique cette décision soit justifiée, et par l'usage constamment suivi, et par les arguments que fournit le texte même de la loi, elle admet néanmoins, dans notre opinion, une exception pour les circonstances particulières où l'acte d'avoué à avoué tiendrait lieu d'un exploit à personne ou domicile de la partie, et ferait courir un délai.

portance réelle, et dont personne n'a intérêt à demander la nullité, telle qu'un à venir, une communication de pièces, etc., etc.

En cette matière, les tribunaux doivent donc régler leur sévérité d'après cette mesure : l'acte est-il ou n'est-il pas suffisamment libellé pour remplir efficacement le but auquel il est destiné par la loi?

Ainsi, il est également vrai de dire, quoique sous différents rapports, et que les formalités de l'art. 61 sont exigées pour les significations d'actes d'avoué, et qu'elles ne le sont pas, selon que telle ou telle de ces formalités sera constitutive de telle ou telle nature d'actes ; les arrêts qui ont consacré l'une ou l'autre de ces propositions n'offriraient de résultats contradictoires qu'autant qu'ils ne se seraient pas conformés à cette distinction.

Mais presque tous l'ont adoptée ; quelques-uns seulement nous semblent en avoir fait une fausse application : en voici l'analyse fidèle :

Les significations faites d'avoué à avoué ne sont pas soumises aux formalités exigées par l'art. 61 du Code de procédure civile, c'est-à-dire que,

Selon la Cour de Grenoble, le 6 août 1822 (*J. Av*, t. 24, p. 265), et le 28 mai 1823 (*J. Av.*, t. 9, p. 299), il suffit qu'on trouve, dans le corps de l'acte signifié, le nom de la personne à la requête de laquelle on agit,

Selon la Cour de Bruxelles, 25 juillet 1835 (*Journ.* de cette Cour, 1835, 2e part., p. 443), l'exploit est valablement laissé au domicile de l'avoué, sans indication du lieu de ce domicile, que ses fonctions indiquent suffisamment;

Selon la Cour de Montpellier, le 4 juin 1830 (*J. Av.*, t. 39, p. 268), et le 24 novembre 1831 (*J. Av.*, t. 42, p. 284), les omissions que contiendrait l'exploit peuvent être suppléées par les énonciations de l'acte d'avoué qui le précède, ou du jugement dont il est donné copie;

Selon la Cour de Pau, le 14 juillet 1832 (*J. Av.*, t. 44, p. 288), et celle de Bruxelles, 2 février 1825 (*Journ.* de cette Cour, 1825, t. 1, p. 407), l'immatricule de l'huissier n'est pas nécessaire;

Selon la Cour d'Amiens, le 31 janvier 1825 (*J. Av.*, t. 30, p. 67), il suffit que des faits de la cause résulte la preuve que c'est à la requête de l'intimé qu'a été faite la signification d'un jugement d'ordre;

Selon la Cour de Toulouse, le 23 novembre 1832 (*J. Av.*, t. 44, p. 286), la requête d'opposition, et, selon la Cour de cassation, le 13 novembre 1834 (*J. Av.*, t. 47, p. 719), la demande en péremption, sont valablement signifiées sans qu'il soit fait mention de l'immatricule de l'huissier, ni du domicile des parties;

Selon la Cour de Toulouse, le 18 août 1837 (*J. P.*, t. 2 de 1837, p. 571), lorsque la copie est remise à la servante de l'avoué, il n'est pas nécessaire de dire qu'elle a été trouvée au domicile de celui-ci, solution que nous n'approuvons pas; car la formalité dont on dispense tient à ce qu'il y a de plus essentiel dans l'acte, sa remise;

Et selon la Cour de cassation, le 10 mai 1836 (*J. Av.*, t. 51, p. 430), il suffit que tout ce qui est essentiel à la validité de l'exploit soit relaté dans l'acte d'avoué qu'on signifie, ou dans le jugement dont il est donné communication.

La même proposition résulte, d'une manière plus générale, mais sans aucun détail qui mette leur décision en opposition avec notre principe, des arrêts des Cours de Grenoble, 5 mai 1818 (*J. Av.*, t. 21, p. 257), et 4 mai 1824 (*J. Av.*, t. 28, p. 128); de Limoges, 15 novembre 1811 (*J. Av.*, t. 17, p. 206); de Nîmes, 18 juin 1832 (*J. Av.*, t. 46, p. 178); de Metz, 28 novembre 1822 (*J. Av.*, t. 24, p. 334); de Cass., 23 août 1827 (*J. Av.*, t. 34, p. 114), et 31 août 1825 (*J. Av.*, t. 30, p. 164); de Poitiers, 11 mai 1826 (*J. Av.*, t. 30, p. 422); de Bruxelles, 10 octobre 1829 (*Journ.* de cette Cour, 1829, t. 2, p. 226), et d'Amiens, 30 juillet 1838 (*J. P.*, t. 2 de 1838, p. 570).

Enfin, le 25 août 1810 (*J. Av.*, t. 5, p. 53), la Cour de Bordeaux, et le 16 mai 1834 (*J. Av.*, t. 48, p. 167), la Cour de Nancy ont jugé que le *parlant à* lui-même était inutile; en cela, elles nous paraissent avoir été trop loin; car nous ne concevons pas un exploit, de quelque genre qu'il soit, qui ne doive *avant tout* parvenir à la personne à qui il est destiné, et, par conséquent, fournir la preuve que toutes les précautions ont été prises à cet effet. Peut-être l'arrêt de la Cour de Toulouse du 18 août 1837, que nous venons de citer, serait-il, à bon droit, susceptible de la même critique, que justifient deux arrêts, l'un de la Cour de Liege, 23 novembre 1809 (*J. Av.*, t. 21, p. 252); l'autre de la Cour de Pau, 3 septembre 1829 (*J. Av.*, t. 39, p. 221), d'apres lesquels la mention du délaissé de la copie est indispensable.

Il sera sans doute utile d'indiquer dans quelles sortes de matières ces arrêts ont été rendus, afin que le lecteur puisse se convaincre que la jurisprudence ne fait point de distinction; que, d'après elle, il n'y a qu'une seule classe d'actes d'avoué à avoué, qui, tous, doivent être traités de la même manière, quelle que soit l'affaire dans laquelle ils sont signifiés, et, selon les expressions textuelles de quelques-uns de ces arrêts, encore qu'ils aient pour but de faire courir des délais de rigueur, ou de produire d'autres effets plus ou moins importants.

Ainsi ont été rendus, *en matière d'ordre*, les arrêts précités des Cours de Grenoble, 5 mai 1818, 6 août 1822, 4 mai 1824; de Montpellier, 4 juin 1830, 24 novembre 1831; d'Amiens, 30 janvier 1825, et 30 juillet 1838; de Limoges, 15 novembre 1811; de Poitiers, 11 mai 1826; de Nîmes, 18 juin 1832; de Nancy, 16 mai 1834; de Cass., 31 août 1825, et 10 mai 1836.

En matière de signification de jugement par défaut, les arrêts de la Cour de cassation, 23 août 1827; des Cours de Metz, 28 novembre 1822; de Bruxelles, 10 octobre 1829; de Pau, 14 juillet 1832; de Liége, 23 novembre 1809.

En matière d'opposition, les arrêts des Cours de Grenoble, 28 mai 1823; de Toulouse, 23 novembre 1832, 28 août 1837 (*V. Quest.* 670).

En matière de péremption, les arrêts des Cours de Bruxelles, 2 février 1825, et de Cass., 13 novembre 1834 (1).

En matière de saisie immobilière, Pau, 3 septembre 1829; Bruxelles 25 juillet 1835.

Sur une demande en distraction d'immeubles saisis, Bordeaux, 25 août 1810.

Ce n'est qu'en matiere d'ordre que cette jurisprudence a trouvé quelque contradiction. Cette contradiction résulte des arrêts des Cours de Bordeaux, 23 janvier et 29 août 1811; de Metz, 17 août 1815, 18 juin 1823 (*J. Av.*, t. 21, p. 257, 2e, 3e et 6e espèces), et 12 fevrier 1817 (*J. Av.*, t. 20, p. 480), et de Bruxelles 8 avril 1829 (*Journ.* de cette Cour, 1829, t. 2, p. 93). Ces cours se sont, à notre avis, montrées trop sévères, en exigeant toutes les formalités des exploits, et notamment l'immatricule de l'huissier, les noms des parties, etc., dans les significations des jugements d'ordre, sous prétexte que, ces significations étant destinées à faire courir le délai de l'appel, on ne saurait se contenter de la simplicité des formes usitées pour les significations ordinaires entre avoués.

La véritable question qu'il fallait résoudre était celle-ci : ces formalités sont-

---

(1) [Un arrêt de la Cour de Rennes du 10 juin 1816 (*J. Av.*, t. 18, p. 468), avait néanmoins exigé toutes les formalités de l'ajournement dans la signification d'une demande en péremption, attendu que c'est là une demande introductive d'instance. Outre que ce motif n'est pas absolu, puisque la procedure se continue entre les avoués déjà constitués, le texte de l'art. 400 nous paraît combattre cette décision. (*V.* au titre de la *Péremption*. *Q.* 1444.)

elles indispensables pour que le délai coure avec justice, et, si elles le sont, le corps de l'acte signifié n'en contient-il pas l'équivalent? Mais les décisions que nous examinons ont mal à propos voulu les trouver dans l'exploit de signification lui-même; elles ont entendu la loi dans un sens trop absolu.

Il n'y a pas de raison, croyons-nous, pour ne pas appliquer le même système à la signification du jugement qui ordonne une enquête, conformément à l'art. 257 du Code de procédure civile. La circonstance qu'elle est destinée à faire courir les délais de l'enquête, et que, par conséquent, elle intéresse la partie plus personnellement que les significations qui ont ordinairement lieu entre les avoués, ne change rien à la nature de l'acte, et ne fait pas que les formes nécessaires à son authenticité soient différentes ou plus nombreuses. Aussi approuvons-nous deux arrêts rendus dans ce sens, l'un par la Cour de Metz, le 11 février 1819 (*J. Av.*, t. 21, p. 280); l'autre, par la Cour de Nîmes, le 17 décembre 1819 (*J. Av.*, t. 11, p. 172).

Cependant, la première de ces Cours a changé sur ce point de jurisprudence, le 24 février 1831 (*J. Av.*, t. 40, p. 201); il est vrai que la signification, dont elle avait à apprécier la validité, ne contenait pas l'indication de la personne à laquelle elle avait été remise, ce qui justifierait, à nos yeux, sa décision, puisque nous croyons cette mention toujours nécessaire; mais les motifs de l'arrêt nous apprennent que la Cour a entendu mettre toutes les autres formalités, sans distinction, sur la même ligne : c'est là que commence notre dissentiment.

La solution que nous donnons sur la *Quest.* 1018 *bis*, relativement à l'assignation donnée pour être présent à l'enquête, ne contrarie pas les principes développés ici; car c'est là une véritable assignation à partie, et non un acte d'avoué à avoué; il est vrai que c'est au domicile de l'avoué qu'on la signifie, mais ce n'est pas à lui qu'elle est destinée. Le domicile de l'avoué est substitué à celui de la partie, mais non sa personne à la sienne.

Terminons par une observation que nous suggère un arrêt de la Cour de Colmar du 24 février 1813 (*J. Av.*, t. 21, p. 266), en dehors de ce qui est nécessaire pour l'existence et l'efficacité de l'acte, aucune forme n'est exigée, ni prescrite, puisque la loi est muette; mais, par la même raison, aucune n'est interdite, et, dès lors, on peut adopter sans inconvénient les plus compliqués comme les plus simples, et remplacer, par exemple, par un véritable exploit à partie, signifié au domicile de l'avoué, le simple acte auquel on aurait eu la faculté de se borner.]] **Supp. alph.**, v° *Exploit*, n. 10 et suiv.

§ 1. — *Mention de la date.*

283. *Est-il nécessaire, dans les exploits d'ajournement, d'indiquer l'heure, de même que le jour, le mois et l'an?*

Non, puisque la loi ne l'exige pas, ce qui se trouve en harmonie avec la disposition de l'art. 2260 du Code civil, suivant lequel la prescription se compte par jours et non par heures, et n'est acquise qu'à l'expiration du dernier jour du terme, soit que l'obligation ait été passée le matin, soit qu'elle l'ait été le soir (1).

---

(1) Cependant, nous avons été témoin d'une circonstance dans laquelle il eût été utile à l'huissier, menacé d'une inscription de faux fondée sur l'absence (*l'alibi*) de la personne à laquelle il avait déclaré avoir remis l'exploit, que son acte contînt l'indication de l'heure; cette indication l'eût mis à l'abri de tout soupçon sur une accusation

[[Cette solution ne peut souffrir de difficulté. On la retrouve dans MM. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 173; BONCENNE, t. 2, p. 105, et BOITARD, t. 1, p. 239. Il est, comme le fait observer M. Carré, à la note, des circonstances où la mention de l'heure peut être utile, mais elle n'est jamais nécessaire.]]

284. *L'exploit ne peut-il être déclaré nul que dans le seul cas où l'huissier aurait* COMPLÉTEMENT *omis la date, soit de l'an, soit du mois, soit du jour, en sorte qu'il serait valable si cette date n'était exprimée qu'imparfaitement?*

Nous trouvons la solution de cette question dans les considérants d'un arrêt de la Cour d'appel de Nîmes du 29 décembre 1810, rapporté dans la *Bibliothèque du Barreau*, 2e part., t. 6, p. 321, et *J. Av.*, t. 13, p. 35, 8e esp.

Il résulte de cet arrêt que, s'il est intervenu dans un exploit, non une omission de la date des jour, mois et an, mais une simple erreur qui la laisse imparfaite, on distingue si cette imperfection a rendu incertaine l'époque véritable à laquelle l'exploit a été signifié, ou si, au contraire, celui qui a reçu la copie y a trouvé la preuve indubitable de cette date; qu'au premier cas, il a été jugé que le vœu de la loi n'a point été rempli, et par suite la nullité a été prononcée, qu'au second, l'exploit a été déclaré valable; qu'enfin, c'est sur cette distinction qu'a été fondée la jurisprudence de la Cour suprême, attestée par les arrêts des 4 brumaire an 10, 8 novembre 1808, et 8 février 1809. (Voy. *S.*, t. 9, p. 146, 160 et 241, et Cass., sect. des req. du 8 nivôse an 11, *S.*, t. 3, p. 553, et t. 20, p. 492, et *J. Av.*, t. 13, p. 32, 1re et 6e esp., et p. 63 1re et 2e esp.) (1)

[[Il n'y a point de doute que l'omission ou l'incertitude de la date, lorsqu'elle est absolue, ne soit, pour l'exploit où elle a été commise, une cause de nullité radicale. C'est un principe qu'ont appliqué les Cour de cassation les

---

qui, au reste, n'était qu'une pure calomnie.

Remarquons encore qu'autrefois la date de l'heure était nécessaire dans les demandes en partage, pour savoir auquel, entre plusieurs demandeurs, la poursuite serait accordée. Ces demandes étant lucratives pour l'officier chargé de la poursuite, chacun cherchait à profiter de l'avantage assuré au plus diligent, et il arrivait souvent que plusieurs demandes étaient formées le même jour. Aujourd'hui, il n'est pas nécessaire que l'huissier indique l'heure dans son exploit, parce que l'art. 967 prescrit au greffier de viser l'original, avec mention du *jour et de l'heure*.

(1) Nous citerons, en outre, à l'appui de cette distinction, 1° arrêt de la Cour de Paris du 24 août 1810 (*S.*, t. 14, 2e part., p. 129, et *J. Av.*, t. 13, p. 35, 7e esp.) Il a jugé qu'il est permis de ne pas s'arrêter à la date de la copie, si les parties n'ont pu méconnaître que cette date était fausse, au moyen des actes signifiés ou des énonciations renfermées dans l'exploit même. Par exemple, d'après cet arrêt, la date d'un exploit d'ajournement, signifié le 29, suivant l'original, et le 19, suivant la copie, doit être fixée au 29, s'il fait mention d'un procès-verbal de non-conciliation, dressé le 24, et dont il a été laissé copie,

2° Arrêt de Rennes, 2e chambre, 29 janvier 1817 (*J. Av.*, t. 13, p. 243), qui, d'après les mêmes motifs, déclare valable un exploit où l'on lisait : *Appelant du jugement du..., signifié le 9 novembre présent mois*, sans indication du mois de la notification de cet exploit. La Cour a considéré que les mots *présent mois* suppléaient à cette omission, en faisant connaître que l'exploit avait été notifié *en novembre*.

Il suit de cette jurisprudence que l'on ne doit pas tenir à la décision d'un arrêt de la Cour de Lyon du 28 décembre 1810 (V. *S.*, 1814, 2e part., p. 136, et *J. Av.*, t. 3, p. 295), qui déclara nul un exploit dont la copie était datée de l'an *dix-huit huit*, au lieu de *dix-huit cent huit*. Décider en thèse générale, comme cet arrêt paraît le faire, que la date d'un exploit doit être tellement claire et précise qu'on n'ait pas besoin pour la connaître de recourir à des conjectures, c'est trop accorder à la rigueur des formes, et c'est exposer à favoriser la chicane. Le défendeur, dans l'espèce ci-dessus, ne pouvait, avec bonne foi, douter que l'exploit lui avait été notifié en *mil huit* CENT huit.

21 floréal an X (*J. Av.*, t. 13, p. 32, 2e espèce), 5 août 1807, 8 fév. 1809 (*J. Av.*, t. 13, p. 34, 5e et 6e espèce), 4 déc. 1811 (*J. Av.*, t. 3, p. 295, 2e espèce), et 8 nov. 1820 (*J. Av.*, t. 14, p. 630); de Bourges, 16 mess. an XIII (*J. Av.*, t. 13, p. 33, 3e espèce); Liége, 31 juillet 1811 (*J. Av.*, t. 13, p. 174); Colmar, 28 août 1812 (*J. Av.*, t. 3, p. 295, 3e espèce); Besançon, 12 août 1816 (*J. Av.*, t. 13, p. 37, 11 espèce); Metz, 18 juin 1819 (*J. Av.*, t. 3, p. 296, 4e espèce); Riom, 8 janv. 1824 (*J. Av.*, t. 13, p. 288); Rennes, 20 fév. 1828 (*J. Av.*, t. 34, p. 197); Bordeaux, 9 déc. 1828 (*J. Av.*, t. 36, p. 180), et Bastia, 31 mars 1835 (*J. Av.*, t. 48, p. 295). MM. FAVARD DE LANGLADE, t. 1, p. 135, n° 1; THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 156; BONCENNE, t. 2, p. 102, et BOITARD, t. 1, p. 239, professent unanimement cette doctrine incontestable.

Mais à côté de ce principe fondamental, dont la dernière disposition de l'art. 61 ne permet guère d'adoucir la sévérité, viennent se placer les interprétations larges et tolérantes de ces expressions employées par la loi : *la date des jour, mois et an.* Faut-il que la mention du jour, du mois et de l'an, soit écrite dans l'exploit à une certaine place, en termes sacramentels, et sous la forme ordinaire des dates? Suffirait-il, au contraire, que, de l'ensemble de l'acte, et de la combinaison de ses diverses parties, ou même de ses relations avec d'autres actes signifiés en même temps, ressortît clairement l'indication du jour où il a été fait, quand même il ne contiendrait aucune clause spécialement et textuellement destinée à remplir ce but?

La solution qui consacrerait la première partie de cette alternative ne trouverait dans aucune loi de texte pour justifier son exigence. Car tout ce que demande la loi, c'est que le jour où l'exploit est signifié soit connu, soit certain, et que cette certitude résulte de l'exploit lui-même, mais elle ne va pas plus loin, elle n'indique pas judaïquement les termes dont l'huissier devra se servir. Son vœu est donc accompli, lorsqu'aucun doute ne peut exister sur la véritable date, quelle que soit d'ailleurs la rédaction qui la fait connaître. Tous les équipollents sont donc admis en pareille matiere, pourvu qu'ils soient, selon l'expression de l'école, *parfaitement adéquates et identiques.*

Les arrêts qui ont consacré ce système, en l'appliquant à diverses espèces, sont extrêment nombreux: Cass., 8 niv. an XI, 8 nov. 1808 (*J. Av.*, t. 13, p. 63, 1re et 2e espèces), 3 août 1819 (*J. Av.*, t. 17, p. 348), 7 déc. 1829 (*J. Av.*, t. 38, p. 157), et 7 mars 1833 (*J. Av.*, t. 44, p. 358); Paris, 24 août 1810 *J. Av.*, t. 13, p. 35, 7e espèce); Orléans, 8 juillet 1812 (*J. Av.*, t. 13, p. 37, 9e espèce); Montpellier, 28 août 1812 (*J. Av.*, t. 13, p. 64, 3e espèce); 24 juillet 1816 (*J. Av.*, t. 13, p. 37, 10e espèce); Rennes, 29 janv. 1817 (*J. Av.*, t. 13, p. 243); Besançon, 20 déc. 1819 (*J. Av.*, t. 13, p. 273); Amiens, 2 juillet 1822 (*J. Av.*, t. 24, p. 221); Bourges, 29 avril 1823 (*J. Av.*, t. 25, p. 142); 21 mars 1827 (*J. Av.*, t. 36, p. 60); et 17 nov. 1830 (*J. Av.*, t. 40, p. 313); Bruxelles, 21 avril 1831 (*J. Av.*, t. 45 p. 606); Paris, 21 mars 1837 (*J. P.*, t. 2 de 1837, p. 389).

Lorsqu'on veut faire résulter la date véritable d'un exploit de ses relations avec celle d'un autre acte, il est indispensable que cet acte ait été signifié avec l'exploit, et fasse en quelque sorte corps avec lui; autrement ce serait en dehors de l'exploit qu'on irait chercher pour suppléer les formalités qui sont omises; l'exploit lui-même ne les contiendrait pas, il ne satisferait pas au vœu de l'art. 61. Aussi la Cour de Toulouse a-t-elle jugé, le 14 février 1838 (*J. P.*, t. 2 de 1838, p. 280), que si la date du mois est omise dans un acte d'appel on ne peut y suppléer par la représentation d'un procès-verbal de saisie que l'huissier aurait déclaré suspendre sur le vu de cet acte d'appel, en y mentionnant le jour et le mois où il a été signifié. Ce n'est pas en effet le rédacteur de ce procès-verbal qui avait mission pour constater la date de l'exploit. Il n'y a rien dans son fait qui puisse lier la partie, vis-à-vis de laquelle la date est incertaine.

Mais lorsque les équipollents se trouvent dans le corps de la signification, et qu'ils sont suffisants pour lever tous les doutes, on ne peut se dispenser de les accepter. La doctrine des auteurs est encore sur ce point aussi unanime que la jurisprudence des arrêts; c'est en effet ce qu'enseignent MM. PIGEAU, *Pr. civ.*, dans sa note 1, sur sa *formule de demande;* FAVARD DE LANGLADE, t. 1, p. 135, n° 1; DALLOZ, t. 2, p. 722, n° 3; THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 156; BONCENNE, t. 2, p. 103; BOITARD, t. 1, p. 240.

Nous ne connaissons qu'une seule décision qui contrarie cette opinion universelle; elle émane de la Cour d'Aix qui, le 9 mai 1810 (*J. Av.*, t. 3, p. 277) a déclaré nul un exploit qui indiquait pour date, l'année du règne du chef du gouvernement, sous prétexte que l'emploi du calendrier grégorien était indispensable et que peu importait qu'il fût facile d'en opérer la concordance. Nous ne pouvons embrasser le système de cet arrêt.

Mais c'est avec raison que la Cour de Bruxelles, le 31 déc. 1823 (*Journ.* de cette Cour, t. 1 de 1824, p. 291), a refusé d'admettre comme complément d'une date incomplète celle que portait la mention de l'enregistrement inscrite sur l'original de l'exploit. Car cette mention ne se retrouve pas sur la copie, et pour le défendeur, c'est la copie surtout qui doit être régulière, V. *Quest.* 327, et l'enregistrement d'ailleurs ne prouve pas que l'exploit ait été remis le jour où il a été enregistré.

On a voulu donner à la question de la date une physionomie particulière dans l'espèce où, n'étant indiquée que d'une manière incomplète, par le nom du mois, sans le nom du jour, ou bien l'étant différemment sur l'original et sur la copie, cette incertitude ne va pas cependant jusqu'à reporter l'époque de l'acte en dehors du délai fatal pour le notifier. La date, dit-on, n'est exigée que pour constater la non-déchéance; dès lors, si tout le mois était compris dans le délai, si l'un et l'autre des jours indiqués l'était aussi, la nullité qu'on voudrait faire résulter de l'incertitude serait une nullité sans grief. Ce système a été adopté par la Cour de cassation le 18 mai 1813 (*J. Av.*, t. 2, p. 438), et par celle de Caen, le 8 avril 1813 (*J. Av.*, t. 13, p. 207).

Mais c'est trop restreindre les motifs qui ont fait exiger la date, elle est utile et nécessaire encore pour déterminer le délai de la comparution, pour apprécier si l'acte a été fait un jour où il était permis d'instrumenter, surtout pour servir de contrôle à sa sincérité, en fournissant le moyen de vérifier si l'huissier était présent sur les lieux à l'époque indiquée. D'ailleurs le texte de la loi repousse aussi invinciblement que son esprit, l'opinion que nous combattons : il demande *la date des jour, mois et an*, et non pas une date vague, une date incertaine, une date d'à peu près. C'est ainsi que l'ont pensé, contrairement, aux deux arrêts précités, les Cours de Metz, 18 juin 1819 (*J. Av.*, t. 3, p. 296, 4e espèce); de Bastia, 21 mai 1827 (*J. Av.*, t. 34, p. 75), et de Rennes 20 février 1828 (*J. Av.*, t. 34, p. 197).]] **Supp. alph.**, v° *Ajourn.*, n. 181 et suiv.

[[**284** bis. *Faut-il, sous peine de nullité, que la date soit écrite en toutes lettres?*

Cette question est résolue d'avance par les principes adoptés au numér précédent. Si la date est suffisante lorsqu'elle résulte d'un simple rapprochement, quoiqu'elle n'ait pas été formellement exprimée, à plus forte raison sera-t-elle valable, si elle a été textuellement écrite, quoiqu'en chiffres. C'est ce qu'enseigne M. BONCENNE, t. 2, p. 105, et ce qu'a jugé la Cour de Besançon, le 12 fév. 1810 (*J. Av.*, t. 13, p. 144); comme il est néanmoins hors de doute que les lettres offrent généralement moins de chances d'erreur que les chiffres, entre deux dates dont l'une serait exprimée en toutes lettres et l'autre en chiffres à divers endroits de la même copie, la première devrait obtenir la

préférence, comme l'a reconnu la Cour de cassation le 14 juillet 1832 (DALLOZ, 1833, 1re part., p. 21.)]]

[[284 ter. *Est-il nécessaire aussi d'indiquer dans l'exploit la mention du lieu où il est fait?*

L'art. 61 n'exige que la date des jour, mois et an, d'où il semble résulter qu'on ne saurait voir une cause de nullité dans l'omission du lieu, qui, au reste, se trouve implicitement indiqué, pour l'ordinaire, par la désignation du domicile de la partie défenderesse, au moins dans les cas où l'exploit est remis à ce domicile, et ce sont les plus fréquents.

Mais comme il n'en est pas ainsi lorsqu'il est remis à la personne, et que le lieu peut influer sur la capacité de l'officier ministériel, M. DALLOZ, t. 7, p. 722, n° 2, pense qu'il y aurait nullité, si l'exploit ne faisait pas connaître le lieu dans lequel il a été signifié. Cette indication nous paraît, en effet, le complément nécessaire de l'immatricule de l'huissier, que la loi exige avec tant de rigueur, et qui ne remplirait pas son but, s'il n'était bien constant que cet officier n'a pas dépassé la compétence territoriale que son immatricule lui attribue.

On opposerait vainement qu'il a été décidé par plusieurs arrêts et notamment par la Cour de Nîmes le 20 janvier 1810 (*J. P.*, 3e éd., t. 8, p. 48), que la date d'un testament olographe ne doit pas nécessairement contenir l'indication du lieu où il a été écrit, qu'elle n'est pas utile dans cette sorte d'actes, le lieu ne pouvant plus influer sur la capacité du testateur, depuis l'abolition en France des lois coutumières; mais, comme on vient de le voir, en matière d'exploit, le lieu n'est pas aussi indifférent.

M. Carré exprime transitoirement cette opinion, sur la *Quest.* 281 et *infrà*, *Quest.* 360 *ter*.]] **Supp. alph.**, v° *Ajourn.*, n. 184.

[[284. quater. *Si la date est exprimée par le quantième du mois et par le jour de la semaine, et que ces indications ne concordent pas, l'exploit est-il nul?*

La Cour de Liége a décidé le 20 juillet 1836 (*Journ. des Arrêts* de Bruxelles, 1836, t. 2, p. 428), qu'en pareil cas, le quantième du mois devait seul être consulté et que le jour de la semaine ne devait être compté pour rien. Cet arrêt se fonde sur ce que l'art. 61, en disant la date *des jour, mois et an*, est censé avoir exigé le jour du mois, et non pas le jour de la semaine, et que, du moment que le premier est clairement exprimé, l'addition d'un renseignement que la loi ne demande pas ne doit pas infirmer sa certitude, mais être regardé comme non avenu.

Nous avons supposé, *Quest.* 284, que ce n'était pas seulement une partie de l'exploit, mais son ensemble qu'il fallait consulter pour juger de sa date. En cela, nous nous sommes conformé au système adopté par la jurisprudence en matière de date du testament olographe (*V.* MERLIN, *Rép.*, add., t. 17, p. 666). Toutes les fois que, de la combinaison des diverses clauses de l'acte, il résulte du doute sur la véritable date, il est censé non daté, et par conséquent nul. Or, lorsqu'il arrive que le jour de la semaine et celui du mois exprimés dans la date ne concordent pas, il semble qu'on ne puisse trouver dans cette énonciation une date bien certaine, puisque l'une vient infirmer l'autre, et qu'elles se contrarient mutuellement.

N'en est-il pas de ces cas comme de celui où le testament contient l'énonciation de faits accomplis, et qui ne l'ont été que postérieurement à la date dont il est revêtu, ou lorsqu'il signale comme contemporains des faits qui ne l'ont jamais été à cette même date?

La conséquence rigoureuse de ces principes, serait peut-être d'annuler, comme non daté, soit le testament, soit l'exploit qui serait rédigé, quant à la date, comme le suppose la question. Mais cette conséquence nous répugne par sa rigueur même; et, du moment que le quantième du mois, seule indication que la loi paraît exiger, se trouve clairement exprimé, on doit le prendre pour la véritable date, sans se préoccuper des accessoires qui pourraient y jeter de l'incertitude.

Nous ne dissimulons pas que cette solution semble faire fléchir le principe de la foi due à l'ensemble de l'acte plutôt qu'à l'une de ses parties. Mais il faut que la doctrine tempère par l'équité ce qu'il y a de trop sévère dans l'application des principes même les plus certains.

Au surplus, comme il ne s'agit, dans l'espèce de la question posée, que de savoir si la date est certaine, les circonstances de fait, les autres énonciations de l'acte, etc., devraient nécessairement entrer pour beaucoup dans l'appréciation des magistrats.]]

§ 2. — *Mention relative au demandeur*

1° Noms et prénoms

285. *En exigeant la mention des noms, la loi a-t-elle entendu prescrire non-seulement le nom de famille, mais encore les prénoms et surnoms du demandeur?*

Ce qui porterait à le croire, c'est que le mot *noms* est écrit au pluriel; mais l'opinion commune est que l'omission des prénoms et surnoms, ou leur fausse indication, n'entraînerait pas la nullité, d'autant plus que la mention du domicile établit suffisamment la distinction des personnes qui porteraient le même nom. (Voy. *Prat. franç.*, t. 1, p. 144 et 295.) Quoi qu'il en soit, il est prudent d'indiquer les prénoms et surnoms, surtout dans l'espèce de la première question posée sur l'art. 1er. (BERRIAT, p. 199, not. 20.)

[[MM. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 174; FAVARD DE LANGLADE, t. 2, p. 135, n° 1, et DALLOZ, t. 7, p. 731, n° 2, pensent comme M. Carré que l'indication du prénom n'est pas d'une absolue nécessité. M. BONCENNE, t. 2, p. 107 et suiv., insiste, au contraire, avec beaucoup de force, sur l'indispensable obligation, où est, suivant lui, le demandeur, de les faire connaître; et M. BOITARD, t. 1, p. 241, partage son opinion, qui s'appuie d'un arrêt par lequel la Cour de Bruxelles a jugé le 27 janvier 1818 (*J. Av.*, t. 13, p. 258), que l'exploit est nul lorsque le prénom du demandeur n'est qu'en lettres initiales. Une décision tout aussi tranchée, et dans le sens opposé, a été rendue par la Cour de Bourges, le 17 mars 1815 (*J. Av.*, t. 13, p. 299). Cette Cour a considéré que la loi exige bien que le demandeur soit dénommé, mais qu'elle ne parle pas des prénoms et qu'on ne peut ajouter à la loi.

L'une et l'autre de ces deux opinions extrêmes nous paraît trop absolue. Le but de la loi est, sans contredit, que l'identité du demandeur soit bien constatée, il sera donc rempli toutes les fois que les désignations employées seront capables de lever tous les doutes aux yeux du défendeur, et au jugement des magistrats.

Mais ne peut-il pas arriver, d'après la diversité des circonstances, que les prénoms soient tantôt inutiles, et tantôt indispensables pour une désignation claire et sans ambiguité? Ce n'est donc pas leur présence ou leur absence qui devra décider, en principe, de la validité ou de la nullité de l'exploit, mais seulement le plus ou le moins de certitude ou d'équivoque que cette absence ou cette présence répandra sur la désignation.

Ici, comme sur la formalité de la date, la loi ne se montre exigeante que pour le fond et point pour la forme. Que le demandeur soit bien désigné, voilà ce qu'elle demande; mais qu'il le soit en termes exprès, ou qu'il le soit par des équipollents, peu lui importe. C'est ce qu'enseigne de la manière la plus explicite M. THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 156 et 157, et ce qui ressort manifestement de la doctrine de MM. Favard de Langlade et Dalloz. M. Boncenne admet, lui aussi, les équipollents; mais avec une restriction qui rend, à notre avis, cette concession illusoire. Il faut, sans doute, comme il le dit, que les équipollents, pour être valables, remplacent la formalité *adæquatè* et *identicè;* mais si de ces mots il fallait en conclure que les noms, prénoms, et domicile du demandeur doivent se trouver textuellement dans la rédaction de l'exploit, et que la seule vertu des équipollents est de permettre que ces diverses désignations, séparées les unes des autres, puissent être dispersées en différents endroits de l'acte, qu'on l'avoue, ce ne serait pas là seulement une équipollence, ce serait l'accomplissement littéral de la formalité elle-même.

Aussi n'est-ce pas de cette manière que l'entend la jurisprudence; car elle décide que :

Les noms, profession, et domicile du demandeur sont désignés d'une manière suffisante dans un exploit, s'ils sont désignés par relation à un autre acte connu du défendeur et en son pouvoir; Cass., 7 novembre 1821 (*J. Av.*, t. 23, pag. 321).

Ne serait pas même nul l'exploit qui, par erreur, indiquerait un nom autre que celui du demandeur, si en tête se trouvait un acte, une requête, par exemple, dans laquelle le demandeur serait nommé; Caen, 3 septemb. 1827 (*Journ.* de Rouen et Caen, t. 9, p. 293).

Ni celui qui, donnant d'abord à l'assigné son véritable nom, l'aurait plus tard désigné sous un nom qui ne serait pas le sien, pourvu que la copie lui soit exactement parvenue; Cass., 20 juin 1838 (*J. Av.*, t. 55, p. 567, et *J. P.*, t. 2 de 1838, p. 346).

Lorsqu'il s'agit d'un acte d'appel, l'erreur dans les noms et qualités de l'appelant, ou de désignation par le titre de dignité dont il est revêtu, et sous lequel il est généralement connu dans la société, ne le vicie pas, s'il a agi en première instance, sous les mêmes noms, titre, et qualités, parce qu'on ne peut alors se tromper sur leur identité; Grenoble, 21 décemb. 1820 (*J. Av.*, t. 13, p. 279), et Bourges, 26 juillet 1826 (*J. Av.*, t. 32, p. 227).

Une Cour royale peut même décider que l'exploit d'appel est valable, quoiqu'il ne contienne pas le nom de l'appelant, si elle juge que l'intimé n'a pu se méprendre; Cass., 6 avril 1824 (*J. Av.*, t. 13, p. 292).

Cependant la Cour de Rennes a décidé, le 15 décemb. 1824 (*J. Av.*, t. 28. p. 157), que l'acte d'appel, dans lequel le nom du requérant n'est pas écrit comme le nom véritable de l'appelant, est nul, quoiqu'il contienne d'ailleurs les prénoms, les qualités, et la demeure de celui contre lequel le jugement a été rendu, et que le contexte de l'acte puisse bien désigner à la requête de qui il a réellement été fait.

Cet exemple de sévérité isole ne doit pas prévaloir contre la jurisprudence si unanime et si raisonnable que nous venons d'analyser.]] **Supp. alph.**, n. 186.

286. *Quand un exploit est signifié a requête d'un préfet, d'un maire, d'un procureur du Roi, est-il nécessaire de relater les noms de ces fonctionnaires?*

Les noms de ces fonctionnaires sont absolument indifférents pour les actions qu'ils intentent en leur qualité; il suffit d'énoncer cette qualité, en exprimant, par exemple, que l'exploit est signifié à requête de M. le préfet de tel département, de M. le maire de telle ville, de M. le procureur général, ou

de M. le procureur du Roi près telle Cour ou tel tribunal. (Voy. *Pratic.*, t. 1, p. 296.) (1)

[[Cette solution est juste; elle est approuvée par MM. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 174; FAVARD DE LANGLADE, t. 1, p. 135, n° 1; DALLOZ, t. 7, p. 731, n° 4; THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 157; BONCENNE, t. 2, p. 115; BOITARD, t. 1, p. 245; et consacré par arrêts des Cours de cassation, 25 juillet 1825 (*J. Av.*, t. 30, p. 139); Besançon, 11 janv. 1810 (*J. Av.*, t. 13, p. 143), et Bourges, 3 janvier 1829 (*Journ.* de cette Cour, t. 11, p. 16).]] **Supp. alph.**, v° *Ajournem.*, n. 189.

287. *Lorsqu'il y a plusieurs demandeurs, l'assignation donnée à requête de l'un d'eux, qui serait seul nommé avec addition de ces expressions* ET CONSORTS, *serait-elle nulle?*

Oui, puisque la loi exige que l'on mentionne les noms du demandeur; ce qui suppose que, lorsqu'il y a plusieurs demandeurs, tous doivent être nommés. Ainsi l'on a toujours annulé, dans les tribunaux, les exploits conçus sous ces expressions vagues, et *consorts;* expressions qui présentent d'ailleurs une violation du principe qu'en France, *nul autre que le Prince ne plaide par procureur.* (Voy. PIGEAU, p. 119, *aux notes, et tous les anciens ouvrages de procédure, pour les assignations à plusieurs défendeurs;* voy. *infrà* sur l'art. 68).

[[C'est aussi, et avec raison, l'opinion de MM. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 174; FAVARD DE LANGLADE, t. 1, p. 135, n° 1; DALLOZ, t. 7, p. 731, n° 3; THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 157, et BONCENNE, t. 2, p. 130;—en un mot, il faut, pour intenter comme pour soutenir une action judiciaire, être en nom dans les qualités de l'instance, comme l'ont jugé la Cour de cassation, le 8 novemb. 1836 (*J. Av.*, t. 53, p. 696, et *J. P.* t. 1 de 1837, p. 25), et le tribunal de Marseille, le 2 mai 1836 (*J. Av.*, t. 52, p. 286). C'est là le véritable sens de la maxime: *Nul autre que le Prince ne plaide par procureur.* Voir, au surplus, les questions suivantes, et la *Quest.* 290 *infrà.*

Le 7 septembre 1814 (*J. Av.*, t. 13, p. 228), la Cour de cassation a déclaré qu'il y avait exception à cette règle en faveur des membres des anciennes corporations, lesquels peuvent être représentés en justice, pour les affaires communes, par des syndics nommés par eux, sans que les noms de tous les intéressés figurent dans l'exploit.]]

Add. — 287 bis. *Comment doit-on désigner une société demanderesse?*

Nous pensons avec M. PIGEAU, *Comm.* t. 1, p. 174, qu'il faut distinguer; ou la société n'est pas *commerciale*, et, en ce cas, l'assignation doit être donnée au nom de tous les associés et non pas en celui de l'administrateur seul, puisque, d'après l'art. 1863 du Code civil, chacun deux est tenu pour une somme et part égales; ou la société est commerciale, en nom *collectif* ou en *commandite.* Dans le premier cas, il faut, comme dans celui d'une société *purement civile*, désigner les noms de tous les sociétaires, puisqu'ils sont obligés *solidairement* il ne suffirait donc pas d'assigner sous la simple *raison sociale*; dans le second cas, la demande doit être formée au nom des associés responsables et solidai-

---

(1) Il y a plus : un arrêt de la Cour de cassation, du 12 septembre 1809 (*S.*, t. 14, 1re part., p. 99, et *J. Av.*, t. 13, p. 134), a décidé que les assignations données au nom d'une commune, à requête *du maire*, étaient valables, lors même que ce fonctionnaire étant suspendu de ses fonctions, elles étaient exercées par son adjoint. (*V.* aussi *Nouv. Répert.*, t. 1, p. 153, v° *Adjoint*, n° 5.)

[La Cour de Douai a rendu une décision semblable le 28 mars 1836 (*J. Av.*, t. 51, p. 545).]

res seulement, sans qu'il soit besoin de désigner les commanditaires, puisqu'ils ne peuvent, suivant l'art 27 du Code de commerce, faire *aucun acte de gestion*, et que d'ailleurs les condamnations qui seraient prononcées contre la société ne peuvent, aux termes de l'art. 26 du même Code, s'exécuter que sur les fonds qu'ils ont mis ou dû mettre dans la société, et non sur leurs personnes et leurs autres biens.

Mais si la société est *anonyme*, la demande doit nécessairement être formée au nom de ses mandataires qui l'administrent (*Code de Commerce*, art. 31), sauf l'action en responsabilité que les associés pourraient exercer contre eux, conformément à l'art. 32. Tel est aussi le sentiment de M. BONCENNE, t. 2, p. 132 et suiv. **Carr.**

[[Le principe est certain à l'égard de la société civile. La Cour de cassation l'a appliqué en décidant, le 8 nov. 1836 (*J. Av.* t. 53, p. 696, et *J. P.* t. 1 de 1837, p. 25), que les sociétés civiles ne peuvent agir en nom collectif devant les tribunaux, à la requête du gérant; il faut, à peine de nullité, que les noms, profession et domicile de chacun des associés soient désignés dans l'exploit d'ajournement. La Cour d'Aix s'est également prononcée le 23 décembre 1837 (*J. Av.*, t. 55, p. 480, et *J. P.* t. 1 de 1838, p. 226) pour la nullité d'une assignation donnée à la requête d'une réunion d'assureurs, poursuites et diligence de leur gérant, seul désigné par son nom. V. *Q.* 1560.

Mais lorsqu'il s'agit d'une société commerciale, l'opinion de M. Carré et des auteurs qu'il cite nous paraît erronée; il est de principe, en effet, que tout ce qui est fait au nom de la raison sociale engage les associés solidaires : l'art. 22, Cod. Comm., est formel à cet égard; qu'importe alors pour le défendeur de connaître individuellement les demandeurs? Ce qui est necessaire pour lui, c'est que les condamnations qui interviendront à son profit puissent être exécutées contre tous, et tel sera l'effet d'un jugement rendu contre la raison sociale. Ce sera à lui, lorsqu'il voudra le faire exécuter, à s'informer contre qui il pourra le faire individuellement. Ce léger inconvénient, qui n'existera que lors de l'exécution du jugement, ne pourrait faire annuler l'exploit que tout autant qu'il y aurait violation de l'art. 61 Code proc. civ. Or, cet article exige les noms du demandeur; quel est le demandeur dans l'espèce? Ce ne sont pas les *individus* associés, c'est un corps moral, une société représentée dans tous ses actes par une raison sociale, les noms des associés sont compris dans cette dénomination commune; il est donc évident que la raison sociale indique suffisamment le nom du demandeur, et, que de même que l'art. 69 permet d'assigner une société en sa maison sociale, de même l'art. 68 permet de n'indiquer que le nom de cette maison sociale. Notre opinion était imprimée lorsque nous avons reçu le volume de notre savant ami M. Duvergier, qui, p. 365 et suiv., nos 316 et 317 de son *Traité de la Société*, embrasse, sur les sociétés civiles, un système différent du nôtre, et combat l'arrêt de la Cour de cassation. Les raisons qu'il donne ne nous paraissent pas suffisantes pour modifier nos principes; toutefois, nous engageons nos lecteurs à lire sa dissertation, dans laquelle il examine la difficulté sous toutes ses physionomies]]

Supp. alph., v° *Ajourn.*, n. 192 et suiv

Add.—287 ter. *Suit-il de la solution précédente qu'une assignation soit valable lorsqu'elle est donnée au nom* D'UN TEL ET COMPAGNIE ?

Nous disons, sur la *Quest.* 294, que l'assignation est valable, quant à la désignation de la profession des demandeurs; mais le serait-elle également quant à celle de leurs noms? Nous ne le pensons pas; il en est ici comme du cas des sociétés civiles et des sociétés commerciales en noms collectifs, et comme du cas résolu sur notre *Quest.* 287. **Carr.**

[[Nous avons déjà émis, sous le numéro précédent, un avis contraire à cette solution.]]

288. *Mais, dans le cas de la question 287, l'exploit serait-il nul, même à l'égard de la personne qui serait dénommée?*

JOUSSE, sur l'art. 2 du tit. 2 de l'ordonnance, s'exprime ainsi: «Une assigna-« tion qui serait donnée à la requête d'un tel nommé, en y ajoutant ensuite « les mots *et consorts, serait nulle, du moins à l'égard de ceux qui ne seraient « désignés que sous la qualité de consorts.* »

M. DELAPORTE, p. 65, maintient que cette opinion ne peut être reçue dans l'usage; on a, dit-il, déclaré toute la procédure inutile.

Quoi qu'il en soit, l'opinion de Jousse est adoptée par M. Merlin (*Nouveau Répertoire*, au mot *Consorts*), et elle a en outre pour appui un arrêt de la Cour de cassation du 25 thermidor an 12, rapporté au même Répertoire, à l'article *Cassation*, § 8, n° 4, et (*J. Av.*, t. 6, p. 451). Cet arrêt décide que le jugement qui est intervenu sur une demande formée par une personne désignée nommément et par ses consorts, sans autre désignation, n'a pas l'autorité de la chose jugée contre ceux-ci. La raison en est, dans les deux hypothèses, que des consorts ne peuvent être valablement condamnés qu'autant qu'ils sont nommément désignés, et que chacun a reçu sa copie de l'exploit, parce que l'acquiescement ou la contestation sur la demande ne doit pas dépendre d'un seul, au préjudice des autres qui y sont intéressés. Mais pour que l'exploit soit valable à l'égard de la personne nommée, il faut, suivant nous, supposer que cette personne puisse seule être mise en cause : s'il était impossible, en raison de la nature de l'affaire, qu'elle répondît seule à la demande, nous penserions que l'exploit pourrait être annulé (1).

[[Nous pensons aussi qu'en général l'exploit dont s'agit serait valable à l'égard de celui des demandeurs qui y serait nommément désigné. Cette opinion, qui a été consacrée par la Cour de cassation, le 8 novembre 1836 (*J. Av.*, t. 53, p. 696, et *J. P.*, t. 1 de 1837, p. 25), est encore partagée par MM. FAVARD DE LANGLADE, t. 1, p. 135 et 136; THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 157; DALLOZ, t. 7, p. 731, n° 3, et BONCENNE, t. 2, p. 130.]]

289. *Le consignataire d'un bâtiment ou de sa cargaison peut-il assigner en son propre nom, dans l'intérêt de ses commettants, et sans faire connaître leurs noms?*

Ce *consignataire* est un véritable *commissionnaire* de commerce, ainsi qu'il résulte de plusieurs dispositions du Code de commerce, et notamment de l'art. 285, où ces deux qualifications sont assimilées et prises dans la même acception.

Or, suivant l'art. 91 du même Code, le commissionnaire de commerce est celui qui agit en *son propre nom* ou sous *un nom social*, pour le compte d'un commettant : d'où il suit que non-seulement il a le droit d'exercer toutes actions dans l'intérêt et pour la conservation des objets confiés à ses soins, mais encore, *qu'à la différence du mandataire ordinaire*, il peut le faire *en son nom*, et, à plus forte raison, en exprimant seulement sa qualité de consignataire, sans être obligé de faire connaître les noms de ses commettants ; parce

(1) Ainsi, la Cour de Rennes a jugé, par arrêt du 17 juillet 1816, 3e chamb., qu'un exploit donné par une partie, pour elle et son frère, n'était nul qu'à l'égard de ce dernier (*J. Av.*, t. 13, p. 238).

qu'alors il s'oblige personnellement envers les tierces personnes, sauf recours envers ses commettants, s'il a agi dans les bornes de son mandat.

Ainsi, dans cette espèce, il n'y aurait pas lieu d'appliquer l'ancienne maxime, que *nul en France ne plaide par procureur, si ce n'est le Roi.*

Tels sont les motifs d'après lesquels la Cour de Rennes, par arrêt du 9 juin 1817, 1re chambre (*J. Av.*, t. 16, p. 251), a décidé pour l'affirmative la question ci-dessus posée. Elle a en conséquence réformé un jugement du tribunal de Brest, qui avait annulé l'exploit donné au nom du consignataire, en se fondant sur la maxime *nul en France*, etc.; moyen de nullité que ce tribunal avait suppléé d'office comme tenant au droit public. On a vu que la Cour ne s'est pas décidée d'après ce moyen ; mais on pourrait croire qu'elle l'aurait préjugé fondé, en disant d'abord que le consignataire, à la *différence du mandataire ordinaire,* pouvait assigner en *son nom*, ensuite qu'il n'y avait *pas lieu, dans l'espèce, à l'application de l'ancienne maxime.*

[[La décision de la Cour de Rennes nous paraît exacte.]]

290. *Quoi qu'il en soit de la question ci-dessus, est-il vrai que,* d'après l'ancienne maxime NUL EN FRANCE, etc., *un exploit serait nul s'il était donné à requête du mandataire, en nom qualifié, c'est-à-dire, comme agissant* POUR SON MANDANT QU'IL NOMME, *et non pas* A REQUÊTE, *et au nom du mandant, suites et diligences du mandataire?*

Nous avons résolu cette question pour la négative dans notre *Analyse*, n° 190, et dans notre *Traité*, nos 343 et 2320. Comme la jurisprudence n'est pas encore fixée sur ce point, nous croyons utile de refondre ici, avec de nouvelles observations, tout ce que nous avions précédemment établi à cet égard.

Et d'abord, nous remarquerons que notre savant collègue M. BERRIAT SAINT-PRIX, p. 196, note 9, pense comme nous, contre l'opinion de MM. Pigeau, Thomine Desmazures, et les décisions de plusieurs Cours (1), que l'on étend outre mesure le sens de la maxime, lorsqu'on en induit qu'il faut absolument que l'*action soit exercée au nom du maître ;* comme si quelque loi défendait au mandant, dit cet estimable auteur, d'agir en qualité de mandataire ; comme si, dans ce cas, ce n'était pas au fond le mandant lui-même qui agit par l'entremise du mandataire.

La Cour de Rennes, par un premier arrêt du 17 décembre 1812, par un second du 6 août 1813, et enfin par un troisième du 16 janvier 1818, a jugé dans le même sens. (*J. Av.*, t. 13, p. 256.)

Enfin, M. Merlin partage la même opinion, *Rép.*, v° *Plaider par procureur*, et, dans ses *Questions de Droit* (au mot *Prescription*, t. 4, p. 96 et suivantes), il rapporte un arrêt de la Cour suprême, rendu sur son réquisitoire, qui déclare valable un appel interjeté dans le nom d'un régisseur des biens d'une personne dénommée dans l'exploit, sur le motif que cette personne *étant nommée*, puisqu'il était à requête de *tel, régisseur des biens de tel*, l'appel était interjeté au nom de ce dernier. (*J. Av.*, n. éd., t. 3, p. 73, v° *Appel*, n° 26.)

Cependant, les partisans de l'opinion contraire raisonnent ainsi :

La Cour de cassation a commis une erreur en déclarant dans l'arrêt cité par M. Merlin que la maxime n'était fondée sur aucun texte de loi.

---

(1) *V.* les arrêts d'Aix, 18 février 1808 (*J. Av.*, t. 3, p. 170) ; de Nîmes et de Rome, *Jurispr. sur la Proc.*, t. 2, p. 48 ; de Rennes, 23 avril 1811 (*J. Av.*, t. 3, p. 313), et 19 novembre 1810 (*J. Av.*, t. 13, p. 157).

Et, en effet, comme l'ont aussi remarqué MM. Bavoux et Loiseau (*Dictionn. des Arrêts modernes*, vo *Procureur*), elle n'est pas seulement attestée par l'auteur du *Grand Coutumier*, liv. 3, chap. 6, p. 336, et Loisel, liv. 3, tit. 2, règ. 4, elle est aussi consacrée par une loi formelle, par la déclaration de Henri II du 30 novembre 1549.

Or, dit-on, cette maxime établissant une prérogative du Roi, et tenant essentiellement à l'ordre public, ne peut être comprise dans l'abrogation que l'art. 1041 prononce des lois antérieures concernant la procédure civile; car cet article ne se rapporte qu'à des règles de forme, qui ne tiennent qu'aux intérêts privés des plaideurs. Donc l'exploit donné au nom du mandataire, même en nom qualifié, doit être déclaré nul, et même d'office.

Nous répondons que la maxime, même considérée comme principe de droit politique, ne signifie autre chose, si ce n'est que le Roi seul peut agir en justice par son procureur, sans que celui-ci soit tenu à déclarer qu'il procède au nom de SA MAJESTÉ, et sans qu'il ait besoin de justifier d'autres pouvoirs que ceux qu'il tient de son titre même de PROCUREUR DU ROI.

La maxime est donc respectée toutes les fois que le procurateur d'un particulier déclare agir pour son mandant, qu'il nomme, et dont il indique la profession et le domicile (1).

Add.— M. BONCENNE, t. 2, p. 128 et 129. explique et applique, comme nous l'avons fait, cette ancienne maxime, *nul en France*, etc.

« Elle s'applique, dit-il, au cas où un particulier vient plaider en son nom, pour une chose à laquelle il n'a point d'intérêt personnel, et se faire, comme chez les Romains, le maître du procès.

« Elle s'applique au cas où l'on s'établit demandeur pour un autre, sans faire connaître si c'est à titre de mandataire, de cessionnaire, de tuteur, etc.

« Elle s'applique encore au cas où, dans un exploit, on se dit agissant *comme chargé de pouvoirs*, sans indiquer les prénoms, le nom, la profession et le domicile de celui ou de ceux que l'on entend représenter. »

---

(1) On oppose, il est vrai, 1° un arrêt du 6 prairial an 12, rapporté par SIREY, t. 4, 2e part., p. 141, et *J. Av.*, t. 3, p. 52, et qui déclare nul un acte d'appel interjeté *au nom d'un procurateur*, en vertu de la procuration de la partie. L'arrêtiste ajoute que la Cour a consacré, par cette décision, l'ancienne maxime *que nul en France ne plaide par procureur*;

2° Un autre arrêt du 22 brumaire an XII, rapporté par DENEVERS, an XII, p. 453, et *J. Av.*, t. 3, p. 73;

Nous remarquons que les deux arrêts ci-dessus n'ont point décidé ce que M. Sirey suppose à l'égard du premier, et l'on peut s'en convaincre en lisant, dans le *Journal des Avoués*, l'espèce des deux arrêts. On y verra que l'appel ne fut pas déclaré irrégulier, précisément parce qu'il avait été interjeté à requête du mandataire, mais, dans la première espèce, parce qu'on ne justifiait pas de l'existence du mandat, et que la ratification donnée par la partie dans l'intérêt de laquelle l'appel avait été relevé, était postérieure au délai de trois mois; dans la seconde espèce, parce qu'on ne justifiait pas davantage d'une procuration formelle donnée au mandataire, et énoncée dans l'acte d'appel.

Ainsi, ces deux décisions, bien loin de déclarer qu'un fondé de pouvoir spécial ne peut former appel en son nom dans l'intérêt de son commettant, consacrent au contraire cette faculté comme principe de jurisprudence, puisqu'elles se bornent à exiger, pour son exercice, la double condition qu'il soit justifié d'une procuration, et qu'elle soit énoncée dans l'acte d'appel : elles n'ont donc point appliqué la maxime *nul en France*, etc., et par conséquent nous nous croyons bien fondé à persister dans notre opinion, et à dire, avec la Cour de Rennes, dans son arrêt du 6 août 1813, que cette maxime dégénérait *en pure argutie*, s'il était nécessaire, pour la validité d'un exploit, *qu'il fût notifié à la requête du commettant, suites et diligences du procurateur*, et non pas seulement du procurateur pour son commettant.

Telles sont les seules applications que l'on ait à faire de la maxime dont il s'agit, et que M. BONCENNE a réduite à ses véritables expressions. **Carr.**

[[Nous n'hésitons pas à partager l'opinion de M. Carré, qui est aussi celle de MM. FAVARD DE LANGLADE, t. 1, p. 136; DALLOZ, tome 7, page 775, n° 7 et M. BOITARD, tome premier, page. 242 et suivantes. Il suffit que la qualité du fondé de pouvoir, et le nom de celui pour lequel il agit soient clairement désignés, n'importe de quelle façon. Et si la Cour de Bruxelles a décidé le 7 avril 1832 (*J. Av.*, t. 45, p. 525), et la Cour de cassation le 29 octobre 1824 (*J. Av.*, t. 29, p. 125), que l'assignation donnée soit par le chef, soit par un employé de l'administration, doit, sous peine de nullité, porter qu'elle est signifiée à la requête de cette administration et à la diligence du fonctionnaire, ce n'est pas pour prescrire une formule sacramentelle, mais pour indiquer que l'employé ne peut agir en son nom, sans faire connaître la qualité en vertu de laquelle il agit.

La solution que nous adoptons est également applicable au fondé de pouvoir qui agit pour le défendeur; c'est-à-dire que l'assignation ou l'acte d'appel peut, malgré un arrêt contraire de la Cour de Rennes du 19 novembre 1810 (*J. Av.*, t. 13, p. 159), lui être donné en son nom, pourvu que sa qualité de procurateur soit mentionnée, et la personne du mandant désignée par ses noms, etc.

Au reste, lorsque, sous l'empire de la loi du 24 août 1790 qui n'assujettissait les appels à aucune forme spéciale, un appel a été interjeté par un tiers, *pour et au nom de la partie condamnée :* si, postérieurement et avant l'expiration du délai de l'appel, la partie condamnée, anticipée par l'intimé, prend, sans désavouer le tiers, des conclusions tendant à l'infirmation du jugement, l'appel ne peut être déclaré non recevable, par le motif que l'appelant aurait plaidé par procureur; Cass., 18 juin 1823 (*J. Av.*, t. 25, p. 217).]] **Supp. alph.**, n. 199 et suiv.

291. *L'assignation serait-elle nulle par cela même que la partie à la requête de laquelle elle a été signifiée, serait décédée le jour même de sa notification?*

Non, attendu qu'il n'est pas impossible, quoique cela soit peu probable, que la signification ait précédé la mort. (Rennes, 27 février 1811, *J. Av.*, t. 3, p. 305.)

Mais elle est nulle, si elle est notifiée à requête d'une personne décédée antérieurement (Rennes, 20 mai 1813, *Journ.*, t. 4, p. 86, et *J. Av.*, t. 13, p. 215). C'est ainsi que, par arrêt du 8 mai 1820, la Cour suprême a déclaré nul un pourvoi en cassation formé à la requête de la partie décédée, et non pas à celle des héritiers. (*S.*, t. 20, 1re part., p. 305, et *J. Av.*, t. 6, p. 512.)

[[Pour agir, il faut être vivant; rien ne serait plus absurde, et par conséquent plus nul qu'une demande formée au nom d'une personne morte. Si des droits existent, ils doivent être exercés par ceux à qui ils appartiennent; les morts n'en ont plus.

Aussi la Cour de Limoges, le 9 janvier 1827 (*J. Av.*, t. 34, p. 295), et la Cour de cassation, le 9 décembre 1834 (*J. Av.*, t. 48, p. 298), ont-elles jugé que la signification d'un jugement ou d'un arrêt, faite à la requête d'une personne décédée, est nulle; et la Cour de Paris, le 17 mars 1826 (*J. Av.*, t. 32, p. 60), que, lorsque le créancier qui avait fait emprisonner son débiteur est décédé, l'huissier qui a opéré l'emprisonnement ne peut continuer de consigner des aliments sans un pouvoir spécial des héritiers.

Cependant, l'art. 2008 du Code civil apporte une sage exception à cette règle, en disant que l'acte fait de bonne foi par le mandataire, dans l'ignorance de la mort du mandant, est valable et doit produire tous ses effets.

MM. FAVARD DE LANGLADE, t. 1, p. 136, et THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 158 et 159, appliquent, avec raison, cet article à l'assignation donnée par un

mandataire; et leur opinion est confirmée par deux arrêts conformes, l'un de la Cour de Paris du 25 avril 1807 (*J. Av.*, t. 13, p. 91), l'autre de la Cour de cassation du 6 novembre 1832 (*J. Av.*, t. 44, p. 110).

La Cour de Paris a été jusqu'à décider, en vertu du même art. 2008 du Code civ., le 13 février 1826 (*J. Av.*, t. 31, p. 166), qu'un garde du commerce peut valablement procéder à l'emprisonnement d'un débiteur, en vertu du pouvoir d'un créancier décédé, lorsqu'il ignore son décès.]] **Supp. alph.**, n. 206.

292. *Lorsque la demande est formée par une personne qui n'a pas le libre exercice de ses droits, suffirait-il de désigner celui qui doit agir pour elle ?*

Il faut, dit M. PIGEAU, t. 1, p. 119, aux notes, désigner et l'incapable et son défenseur.

[[C'est aussi l'avis de M. BONCENNE, t. 2, p. 135 et suiv., et PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 174, et nous l'approuvons, quoique la Cour de Bruxelles ait décidé le 31 mai 1827 (*J.* de cette Cour, t. 2 de 1828, p. 154), que le nom de l'incapable est inutile et qu'il suffit de celui de son représentant.]]

Au surplus, il peut y avoir désignation suffisante des noms, profession et domicile du demandeur (ou du défendeur), s'ils sont désignés par relation à un autre acte connu du défendeur, et en son pouvoir. (Cass., 7 novembre 1821 *S.*, t. 22, p. 139, et *J. Av.*, t. 23, p. 321).

[[C'est ce que nous avons déjà fait observer sous la *Quest.* 285, et ce qui résulte d'un arrêt de la Cour de Toulouse du 26 mars 1824 (*J. Av.*, t. 26, p. 177), qui a décidé que lorsqu'un exploit introductif d'instance n'indique pas explicitement que le demandeur agissant dans son intérêt personnel, entend procéder aussi en qualité de tuteur, ce silence peut être suppléé par les autres actes du procès, notamment par les énonciations contenues dans le procès-verbal de non-conciliation, auquel l'exploit d'ajournement se réfère.]] **Supp. alph.**, n. 203 et suiv.

2° Profession.

293. *Doit-on mentionner dans l'exploit que le demandeur n'a pas de profession ?*

Il nous paraît certain que la disposition de l'art. 61, prescrivant que l'exploit contienne la profession du demandeur, ne doit s'entendre que du cas où il a une profession. Le Code civil, non moins rigoureux sur les formalités des inscriptions hypothécaires, n'exige, dans l'art. 2148, l'indication de la profession du créancier, qu'autant qu'il en a une. Nous pensons donc que l'on ne peut prononcer la nullité d'un exploit d'ajournement qui n'indique pas la profession, qu'autant qu'il serait prouvé que le demandeur en exerce une quelconque. Toujours est-il prudent, lorsque le demandeur n'a pas de profession, de déclarer qu'il est ou rentier, ou propriétaire, ou sans profession.

[[On ne saurait exiger du demandeur l'indication d'une profession qu'il n'a pas; rien ne l'oblige à en faire mention, soit affirmativement, soit négativement. C'est l'avis de MM. FAVARD DE LANGLADE, t. 1, p. 136; DALLOZ, t. 7, p. 731, n° 5, et BONCENNE, t. 2, p. 118; ils s'appuient tous sur l'analogie de l'art. 2148 du Code civil, qui est en effet très frappante.

Aussi n'est pas nul l'exploit d'appel qui ne donne aucune profession aux appelants, si effectivement ils n'en ont aucune, et que d'ailleurs on ait suivi les errements du tribunal de première instance; c'est ce qu'ont jugé les cours de Besançon, le 8 décembre 1808, et 8 février 1820; de Colmar, le 22 février

1809; de Rouen, le 9 décembre 1813 (*J. Av.*, t. 13, p. 127); de Pau, le 20 mai 1837 (*J. Av.*, t. 54, p. 207) : et même la qualité de propriétaire cultivateur, prise par une partie en première instance, ne constitue pas une profession dont l'omission dans l'acte d'appel puisse entraîner la nullité; Cass., 4 déc. 1834 (*J. Av.*, t. 49, p. 475).

Au reste, la désignation de la profession n'étant qu'une précaution surabondante pour assurer de plus en plus la notion certaine du demandeur, la jurisprudence se montre peu sévère à l'exiger, quand cette notion est suffisamment acquise par d'autres éléments. Les Cours de Paris, le 20 décembre 1809 (*J. Av.*, t. 13, p. 156), et de Poitiers, le 26 novembre 1824 (*J. Av.*, t. 28, p. 53), se sont même contentées de la qualification de propriétaire, prise par le demandeur ou l'appelant, quoiqu'il exerçât d'ailleurs un état ou une profession.]]

Add.—293 bis. *Une erreur sur la profession du demandeur vicierait-elle l'exploit, si cette fausse désignation n'avait pu tromper le défendeur sur la personne à la requête de laquelle il aurait été donné?*

Cette question a été résolue pour la négative, par arrêt de la Cour de Nancy du 20 juin 1824 (*J. Av.*, t. 31, p. 240); solution que nous admettrons d'autant plus volontiers qu'elle est une conséquence de celle que nous avons donnée sur notre *Question* 293, et qu'il nous semble juste, toutes les fois que la loi ne contient pas une disposition spéciale et précise, d'appliquer l'ancienne maxime: *nullité sans griefs n'opère.* **Carr.**

[[Arrêt semblable de la Cour de Bruxelles du 20 janvier 1830 (*Journ.* de cette Cour, t. 1 de 1830, p. 110). Au reste, ces énonciations, si elles manquent dans l'exploit même, peuvent être suppléées par relation à d'autres actes connus du défendeur; par exemple, si elles se trouvent dans le procès-verbal de non conciliation, transcrit en tête de l'exploit, comme l'a jugé la Cour de Nîmes, le 5 août 1812 (*S.*, t. 14, 2e part., p. 133, et *J. Av.*, t. 13, p. 199), ou si l'omission était réparée dans des actes subséquents de la procédure, avant que le défendeur ait comparu; Limoges, 5 février 1817 (*J. Av.*, t. 3, p. 442).

Cependant, un arrêt de la Cour de Besançon du 26 août 1808 (*J. Av.*, t. 13, p. 122), a appliqué, dans toute sa rigueur, la peine de nullité à un exploit qui ne mentionnait pas la profession et le domicile de l'appelant.]]

294. *L'exploit est-il valable à la requête d'un tel et compagnie, sans l'indication de l'objet de commerce?*

Cette question s'est présentée à la Cour royale de Rennes, au sujet d'un exploit conçu à la requête de *tel et compagnie*, et elle a considéré (arrêt du 29 janv. 1817, 3e chambre, *J. Av.*, t. 13, p. 243), que ces expressions indiquaient à suffire la profession actuelle ou ancienne de banquier ou de négociant, lors de l'origine du procès. Mais nous remarquerons que la considération qui a particulièrement influé sur sa décision, c'est que la mention exigée par l'art. 61, de la profession du demandeur, n'était pas aussi indispensable relativement à la partie qui appelle d'un jugement contradictoire rendu après de longues procédures, qui ne permettent pas à la partie adverse d'ignorer les noms, la qualité ou la profession du demandeur. Néanmoins, nous pensons que ces mots *tel et compagnie* sont suffisants pour remplir le vœu de l'art. 61, comme l'a décidé la Cour de Rennes, parce qu'il est impossible au défendeur de douter qu'il est assigné par des négociants ou banquiers, et que, par conséquent, il connaît la profession de ceux à la requête desquels il est appelé.

[[Cette solution nous paraît exacte. (*Voy.*, au n° 287 *ter*, notre dissentiment avec M. Carré, sur une question analogue, qu'il résout différemment de celle-ci.]]

295. *Lorsque la demande est relative au commerce, à la profession ou à l'industrie du demandeur, doit-on, à peine de nullité, ajouter la mention de sa patente?*

La loi du 6 fructidor an 4, art. 18, prononçait formellement la nullité des actes relatifs au commerce, à la profession ou à l'industrie d'un individu, lorsqu'ils ne contenaient pas l'énonciation de la patente. Celle du 1er brumaire an 7, art. 37, l'exige aussi dans les mêmes cas, mais elle ne prononce pas la nullité; elle dit seulement, à peine d'une amende de 500 francs : elle a donc, en ce point, dérogé tacitement à la loi du 6 fructidor, et a substitué cette amende à la peine de nullité (PIGEAU, t. 1, p. 119, aux notes).

[[L'omission de la patente n'était en effet qu'une cause d'amende, soit à l'égard de l'huissier, soit même à l'égard du commis d'une maison de commerce, qui aurait fait donner, au nom de sa maison, l'assignation où cette omission avait eu lieu; Cass., 22 juin 1807 (*J. Av.*, t. 13, p. 97); telle était l'opinion unanime de MM. PIGEAU, *Comm*, t, 1, p. 175; BONCENNE, t. 2, p. 127, et BOITARD, t. 1, p. 241 et 242 Cette amende avait été réduite à 50 francs par l'article 10 de la loi du 16 juin 1824. Pour qu'elle fût encourue, il fallait que l'exploit fût relatif au commerce pour lequel le demandeur était patenté, comme l'avait jugé la Cour de cassation le 29 décembre 1829 (*J. Av.*, t. 38, p. 151). La Loi du 25 avril 1844 avait maintenu cette prescription et réduit l'amende à 25 fr. La loi du 22 mai 1850 a abrogé ces dispositions.]] **Supp. alph.**, n. 211.

3° Domicile.

296. *Suffirait-il, pour la validité d'un exploit d'ajournement, que l'on mentionnât l'élection de domicile que ferait le demandeur dans cet exploit?*

On lit dans le *Nouveau Répertoire*, au mot *Domicile*, p. 24, que dans les significations que l'on fait à un domicile élu, on n'est pas dispensé d'exprimer le domicile réel des parties. La Cour de Bruxelles, par arrêt du 14 juillet 1807 (*J. Av.*, t. 13, p. 97), a aussi décidé que le mot *domicile* s'entend, en l'art. 61, du domicile réel, et que le domicile conventionnel ne dispense pas de l'indiquer. (*V.* PIGEAU, t. 1, p. 119, aux notes; *S.*, Suppl. pour 1808 et 1809, p. 508, J. C. S., t. 1, p. 485) (1).

---

(1) Un arrêt de la Cour de Paris a néanmoins admis une exception en faveur d'un employé aux armées, en décidant que cet employé n'ayant pas de domicile actuel, n'avait pu énoncer qu'un domicile d'élection, et que, par conséquent, l'ajournement dans lequel il avait indiqué son domicile dans la maison d'un tiers où il consentait la validité de tous exploits et significations, était valable. (*V.* l'arrêt du 4 février 1811, *Biblioth. du Barr.*, 2e part., 1811, t. 6, p. 439, *J. Av.*, t. 13, p. 158, et *J. P.*, 3e édit., t. 9, p. 76.)

On a peine à concilier cette décision avec celle de la Cour de Bruxelles du 27 mars 1807 (*J. Av.*, t. 13, p. 91). Cette Cour a jugé qu'un exploit dans lequel l'huissier s'était borné à mentionner qu'un militaire *était aux armées*, était nul, parce qu'une telle mention ne dispensait pas d'énoncer le vrai domicile du militaire, qui, conformément à l'art. 106, est celui qu'il avait avant de faire partie de l'armée. La circonstance d'un service temporaire à l'armée, lit-on dans les considérants de cet arrêt, ne change rien au principe consacré par cet article, et peut d'autant moins valider l'exploit, qu'il est facile à l'officier ministériel d'ajouter à la mention de la présence aux armées, celle que le requérant est domicilié en tel endroit.

[[Il paraît que dans la dernière espèce

Add. — Tel est le sentiment de tous les auteurs, et notamment de M. BONCENNE, t. 2, p. 119. Cependant, par arrêt du 12 février 1817 (*J. Av.*, t. 13, p. 246), la section des requêtes de la Cour de cassation a décidé que lorsqu'un acte contient élection de domicile pour son exécution, on est dispensé d'indiquer le *domicile réel* dans tous les actes de signification faits au domicile élu : cette question est donc controversée. Nous pensons que dans l'incertude où la jurisprudence nous laisse à ce sujet, il convient de décider que l'exploit ne doit être annulé faute de mention du domicile réel, qu'autant qu'il serait démontré que le défendeur éprouverait préjudice de cette omission. C'est ainsi que la Cour de Bordeaux a tranché la difficulté par un arrêt du 14 février 1817 (*J. Av.*, t. 3, p. 214, 8e espèce). **Carr.**

[[Le système de la Cour de Bordeaux, implicitement adopté par la Cour de Montpellier, le 4 mai 1825 (*J. Av.*, t. 30, p. 143), ne nous paraît pas conforme à l'esprit de la loi. Si l'indication du domicile réel n'était, comme celle de la profession, qu'un moyen de plus de désigner sans ambiguité la personne du demandeur, nous pensons que son omission ne devrait pas être une cause de nullité, toutes les fois que cette désignation est suffisante d'ailleurs; mais d'autres motifs encore ont fait introduire la nécessité de cette mention. C'est surtout pour que le défendeur puisse faire sûrement au demandeur les significations qui ne peuvent être faites qu'à son domicile réel, telles que les offres, etc.; c'est enfin pour qu'il puisse faire exécuter les condamnations à intervenir. Voilà pourquoi MM. FAVARD DE LANGLADE, t. 1, p. 136; DALLOZ, t. 7, p. 721, n° 6; PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 175; THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 157, n'hésitent pas à répondre affirmativement à la question posée par M. Carré. Et, d'après les mêmes motifs, la nécessité absolue de l'indication du domicile a été proclamée par les Cours de Liége, le 25 janvier 1809; de Paris, le 20 juin 1809 (*J. Av.*, t. 13, p. 129); de Nîmes, le 24 août 1819 (*J. Av.*, t. 17, p. 349); d'Amiens, le 30 novembre 1821 (*J. Av.*, t. 23, p. 360); de Toulouse, le 30 mai 1838 (*J. Av.*, t. 55, p. 504); par la Cour de cassation de France, le 9 mars 1825 (*J. Av.*, t. 30, p. 268), et par celle de Belgique, le 1er avril 1833 (*J. Av.*, t. 46, p. 361).

Il est vrai que les équipollents peuvent être admis en cette matière, mais avec plus de réserve que lorsqu'il s'agit des autres formalités. Ainsi, par exemple, le domicile peut n'être pas indiqué littéralement, pourvu qu'il le soit d'une manière implicite, mais suffisante; Cass., 18 février 1828 (*J. Av.*, t. 35, p. 194), et 26 novembre 1838 (*J. Av.*, t. 56, p. 52) (1). Ainsi encore, la mention d'une profession qui emporte translation de domicile dans le lieu où elle s'exerce, équivaut parfaitement, comme le fait observer M. BONCENNE, t. 2, p. 122, à la mention expresse du domicile même; Rouen, 7 juin 1808; Gênes, 8 juillet 1809; Grenoble, 3 janvier 1820 (*J. Av.*, t 13, p. 114); mais l'indication d'une fonction révocable ne saurait avoir le même effet, parce que la fixation du domicile n'en est pas la suite nécessaire; Nîmes, 18 janvier 1837 (*J. P.*, t. 2 de 1837, p. 189); Cass., 21 février 1826 (*J. Av.*, t. 31, p. 22); Poitiers, 18 juin 1830 (*J. Av.*, t. 39, p. 190 (2), et Grenoble, 22 avril 1818 (*J. Av.*, t. 13, p. 259).

---

aucun domicile n'avait été élu dans le royaume : peut-être que si cette élection avait eu lieu, la décision eût été différente; car l'absence du royaume place la partie dans une position particulière, qui rend l'indication d'un domicile élu plus commode pour elle et pour le défendeur, que celle du domicile réel.]

(1) [Ces deux arrêts ont été rendus dans la même cause. La Cour de renvoi l'avait jugé comme celle dont l'arrêt venait d'être cassé La Cour suprême a persisté dans son interprétation des termes de l'exploit.]

(2) [Ces deux derniers arrêts font l'application de cette doctrine à l'exploit dans lequel le demandeur serait désigné comme maire d'une commune. Ils sont rendus sous l'empire de l'ancienne législation municipale. Aujourd'hui la décision serait différente. *V.* la note sous la question suivante.]

D'un autre côté, le domicile étant variable, à la différence des noms et prénoms, nous ne pensons pas que sa désignation fût valablement remplacée par celle qui serait contenue dans un acte signifié en tête de l'exploit, si cet acte n'avait point la même date; car, depuis qu'il a été fait, le domicile peut avoir changé, dit M. BONCENNE, t. 2, p. 122, et c'est le domicile actuel qu'il importe surtout à l'ajourné de connaître. Ce principe est contrarié par un arrêt de la Cour de Nimes du 5 août 1812 (*J. Av.*, t. 13, p. 199), dont nous avons approuvé la décision, *suprà*, *Quest.* 293 *bis*, en tant qu'elle s'applique à la *profession* du demandeur; mais, quant au domicile, nous croyons devoir décider autrement, quoique la Cour de cassation, le 26 avril 1830 (*J. Av.*, t. 39, p. 40), semble avoir adopté le système de la Cour de Nimes; mais elle l'avait formellement repoussé le 9 mars 1825 (*J. Av.*, t. 30, p. 268), ainsi que les Cours de Bourges, le 19 juillet 1822 (*J. Av.*, t. 24, p. 238), et de Toulouse, le 30 mai 1838 (*J. Av.*, t. 55, p. 104).

Ce dernier arrêt considère avec beaucoup de justesse, que pour offrir un équipollent suffisant à la mention littérale du domicile, la relation de l'acte dans lequel il se trouve indiqué devrait être expressément déclarée avoir lieu dans ce but; alors, en effet, on annoncerait comme constant que le domicile n'a point changé depuis la confection de cet acte.

Si la déclaration du demandeur était mensongère, cette fausse désignation entraînerait la nullité aussi bien que l'omission complète; aussi, le défendeur est-il toujours admis à la contester et à en prouver la fausseté; Rennes, 27 janvier 1819 (*J. Av.*, t. 15, p. 142).

Terminons en disant, avec la Cour de Douai, 5 septembre 1835 (*J. Av.*, t. 49 p. 719), qu'un acte respectueux n'est pas nul, quoiqu'il ne contienne pas l'indication de la véritable résidence de l'enfant à la requête duquel il est notifié un pareil acte n'étant pas assujetti aux formalités requises pour la validité des exploits, si ce n'est en ce qui concerne leur remise. (*V.*, sous l'art. 68, la *Quest.* 368 *quater*.)]] **Supp. alph.**, v° *Ajournem.*, n. 212 et suiv.

[[**296** bis. *L'appel signifié au nom du maire d'une commune, agissant en cette qualité, est-il nul, si le domicile de ce fonctionnaire n'a pas été désigné dans l'exploit?*

Nous avons dit, sur la précédente question, que l'énonciation du titre d'un fonctionnaire ne remplace pas celle de son domicile, lorsque les fonctions qu'il remplit sont révocables; et plusieurs des arrêts par nous cités pour appuyer cette assertion sont rendus dans des espèces où il s'agissait des fonctions de maire. Ces arrêts ont considéré qu'on pouvait être maire d'une commune et avoir son domicile dans une autre.

Mais cette décision ne s'applique évidemment qu'au cas où le fonctionnaire est demandeur personnellement et pour son compte (1)

S'il agit en qualité de fonctionnaire, l'établissement public qu'il représente est alors le vrai demandeur, et nous avons déjà décidé, pour cette raison, que les noms et prénoms du fonctionnaire ne devaient pas, à peine de nullité, être mentionnés dans l'exploit. (V. *suprà* la *Quest.* 286.) Il en sera de même de son domicile, c'est ainsi que l'ont décidé la Cour de cassation, le 7 mai 1829

(1) [Encore même ne le serait-elle plus relativement au maire agissant pour son compte personnel, puisque, d'après l'art. 4 de la loi du 21 mars 1831, sur l'*organisation municipale*, ce magistrat doit avoir son domicile réel dans la commune. Ainsi l'énonciation de sa qualité remplacerait sûrement celle de son domicile.]

(*J. Av.*, t. 37, p. 216), et la Cour de Lyon, le 1er décembre 1823 (*J. Av.*, t. 25, p. 385), quoique cette dernière Cour eût d'abord adopté une jurisprudence contraire le 8 juillet 1823 (*J. Av.*, t. 25, p. 386).]]

[[**296** ter. *Quel domicile doit indiquer la femme mariée demanderesse?*

D'après l'art. 108 du Code civil, elle n'en a pas d'autre que celui de son mari, c'est donc celui qu'elle doit indiquer. Un arrêt de la Cour de cassation du 23 décembre 1819 (*J. Av.*, t. 13, p. 120, 6e espèce), décide qu'elle satisfait ainsi au vœu de l'art. 61.

Mais si elle plaide contre son mari en séparation de corps, en divorce ou en nullité de mariage, il suffira qu'elle fasse connaître sa résidence de fait, comme l'ont jugé la Cour de Paris, le 6 germinal an X (*S.*, t. 2, 2e part., p. 285, et *J. P.*, 3e édit., t. 2, p. 517), et la Cour de cassation, les 9 frimaire an XI (*J. Av.*, t. 13, p. 60), et 31 août 1824 (*J. Av.*, t. 27, p. 99). Dans les deux premiers cas, en effet, la résidence de la femme est forcément séparée, par la nature des choses, du domicile du mari; dans le troisième, se dire domiciliée chez son mari, serait reconnaître l'existence du mariage qu'elle attaque.]] **Supp.**, p. 66.

297 *Si l'assignation est donnée aux suites et diligences d'un procureur, suffit-il de mentionner le domicile de celui-ci?*

Il faut nécessairement, et à peine de nullité, mentionner le domicile de la partie, puisque c'est en son nom que l'action est introduite, ainsi que nous l'avons dit ci-dessus : il convient, au surplus, d'indiquer aussi le domicile du procurateur; mais cette indication, qui, suivant nous, n'est pas exigée à peine de nullité, ne saurait remplacer la première.

[[Ces solutions nous paraissent exactes.]]

298. *Le domicile est-il suffisamment désigné par le nom de la ville ou de la commune?*

Le domicile doit être désigné le plus exactement possible : l'on fera donc bien de spécifier la commune, le canton et le département; et si le demandeur a son domicile à la campagne, d'indiquer le village ou le hameau; de même qu'il convient, si le domicile est établi dans une ville, et surtout dans une ville populeuse, de spécifier la section de la ville, la rue, le numéro même de la maison. Mais nous ne croyons pas que le défaut de ces indications, que nous ne considérons que comme accessoires, entraîne la nullité de l'exploit, encore bien que l'on puisse conclure d'un arrêt de la Cour de Rennes, rendu par la 2e chambre, le 25 mai 1808 (*J. Av.*, t. 13, p. 114), et de différents passages des *Commentaires de l'Ordonnance et du Code*, que ces indications soient nécessaires. (*V.* Jousse, sur l'art. 2 du tit. 2; Pothier, *Traité de la procéd.*, 1re part., chap. 1er, et le *Nouveau Prat. franç.*, t. 1, p. 297 et 301) (1).

Add. — A l'appui de la solution donnée sur cette question, nous citerons 1° un arrêt de la Cour de Montpellier du 4 mai 1825; 2° un autre de la Cour de Bourges du 26 juillet 1826 (*J. Av.*, t. 30, p. 143, et t. 32, p. 227). **Carr.**

---

(1) Il en serait autrement de celui qui serait donné à requête de *tel*, de *telle commune*, sans exprimer qu'il y est *domicilié*. Ces expressions indiqueraient plutôt le lieu de naissance que celui du domicile. (Turin 24 avril 1810, *S.*, 1814, 2e part., p. 190, et *J. Av.*, t. 13, p. 164.)

[M. BONCENNE, t. 2, p. 122, fait avec raison la même observation.]

[[On peut encore citer, dans le même sens, des arrêts de la Cour de Rennes du 15 avril 1811 (*J. Av.*, t. 13, p. 164), de Paris du 17 avril 1809 (*J. Av.*, t. 12, p. 164), de Bruxelles du 12 juillet 1815 (*Journ.* de cette Cour, 1815, t. 2, p. 58), et de la Cour de cassation du 22 mars 1831 (*J. Av.*, t. 40, p. 373). Mais, le 13 août 1824 (*J. Av.*, t. 28, p. 208), la Cour de Poitiers a déclaré nul un acte d'appel dans lequel on s'était contenté d'énoncer la ville de Paris comme domicile du requérant. M. BONCENNE, t. 2, p. 120, approuve cette décision, comme appliquant mieux l'esprit de la loi. A notre avis, l'appréciation du point de savoir si le domicile est suffisamment indiqué par telle ou telle formule, dépend entièrement des circonstances; cependant nous croyons que le domicile d'une partie, dans le sens de l'art. 61, n'est pas la maison qu'il habite, mais bien la commune où sa demeure est établie. Il serait donc fondé, dans tous les cas, à n'indiquer que le nom de celle-ci; seulement, pour éviter les difficultés, on fera bien d'agir avec plus de précision.

Mais en droit et en principe pourrait-on dire qu'un billet de MM. Laffitte et Rothschild, ou autres, domiciliés à Paris, est signé par des négociants dont le *domicile* est inconnu, parce que sur les billets ne se trouverait pas l'indication de la rue ou le numéro? et l'huissier pourrait-il, dans ce cas, faire la dénonciation du protêt au parquet du procureur du roi, faute d'indication d'un domicile connu?

Non certainement, parce que le mot *Paris* indique le domicile de ces négociants, comme celui de Londres ou de Saint-Pétersbourg l'indiquerait pour des négociants de ces deux grandes capitales : il serait alors du devoir de l'huissier de faire les recherches nécessaires pour découvrir la véritable demeure des signataires de ces billets. Il en serait de même, si, dans un acte, une partie avait fait élection de domicile à Paris : les significations devraient lui être faites à Paris, dans sa maison d'habitation, si on pouvait la découvrir, sinon au parquet du procureur du roi.

D'ailleurs, si dans ces deux cas il se présentait quelques difficultés d'exécution, c'est de la loi qu'elles proviendraient, puisque l'art. 61 n'exige que l'indication du domicile, et qu'aux termes de l'art. 102 du Code civil, le domicile est au lieu où le citoyen a son principal établissement.

La Cour de Rennes, dans son arrêt du 15 avril 1811, s'est appuyée sur ce que *le numérotage des maisons n'est qu'un pur acte de police, qui ne peut opérer une nullité.* Et en effet, c'est à Paris surtout que cette raison est bien plausible : non-seulement le numérotage de plusieurs rues, par suite de nouvelles constructions, a été changé plusieurs fois dans une même année, ce qui est arrivé dans les rues de *Bondy*, de *La Harpe*, etc., mais encore quelques rues de Paris, depuis 1830, ont changé de nom, telles que les rues de *Bourbon*, *d'Artois*, qui ont été nommées, la première, la rue de Lille, et la seconde, la rue Laffitte.

Qu'arriverait-il si, dans un exploit, on énonçait le n° 70 de la rue de La Harpe, et que le numéro étant devenu le 72, les significations faites au n° 70 ne fussent jamais remises à celui à la requête de qui aurait été fait l'exploit? Le défendeur ne dirait-il point qu'il a été induit en erreur par une fausse indication de domicile? Il est inutile de signaler les autres inconvénients de ces désignations, qui ne sont ni dans l'esprit, ni dans le texte de la loi. Le législateur s'est clairement expliqué, et la Cour suprême ne devait pas ajouter aux dispositions de la loi pour prononcer une nullité qui n'était pas écrite dans le texte dont on lui demandait l'application (art. 61 et 1030 du Code de procédure).

Inutile de faire observer que l'élection de domicile dans la maison d'habitation du demandeur, sans désigner le lieu où cette maison est située, serait complétement inefficace pour remplir le vœu de la loi; la Cour de Riom a en

l'occasion d'appliquer cette vérité, qu'on peut appeler triviale, le 9 novembre 1808 (*J. Av.*, t. 13, p. 124).]] **Supp. alph.**, v° *Ajourn.*, n. 219 et suiv.

299. *L'exploit est-il valable, s'il est donné à la requête de tel vivant, negociant* (ou exerçant toute autre profession) *en telle ville?*

Nous estimons que l'on trouve dans l'énonciation de l'exploit une mention suffisante du domicile. On ne peut, en effet, supposer qu'un individu que l'on dit vivre et exercer sa profession dans une ville, ait son domicile dans une autre. Le domicile, d'après l'art. 102 du Code civil, est le lieu où la personne a son principal établissement, sa famille; et certes, on a l'un et l'autre là où on exerce sa profession, son commerce.

Add. — Nous maintenons l'opinion par nous émise sur cette question, sans toutefois nous dissimuler qu'elle est contrariée par un arrêt de la Cour de Bruxelles du 7 décembre 1818 (*J. Av.*, t. 13, p. 261); mais nous ne pouvons trop le répéter: toutes ces minutieuses difficultés dont l'examen ne présente aucun motif de décision tranchant et décisif, puisé dans le texte ou dans l'esprit de la loi, la raison dit qu'il faut les résoudre par l'ancienne maxime que nous avons si souvent invoquée : *Nullité sans griefs n'opère.* **Carr.**

[[L'opinion de M. Carré a été adoptée *in terminis* par un arrêt de la Cour de Nîmes du 23 août 1827 (TAJAN, t. 15, p. 328). *V.* d'ailleurs la *Question* 300.]]

300. *La mention de la demeure équivaut-elle à l'indication du domicile?*

Un arrêt de la Cour de Gênes du 5 août 1808 (*J. Av.*, t. 13, p. 118, 1re espèce), a jugé la négative, par le motif que, d'après l'art. 102 du Cod. civ., le domicile diffère de la demeure. Nous estimons que si l'on peut faire une application aussi rigoureuse de l'art. 102, ce ne devrait être du moins qu'autant qu'il serait prouvé que le demandeur n'aurait pas son domicile dans l'endroit où la demeure serait indiquée. Le mot *demeure* exprime, suivant nous, une habitation permanente qui doit faire supposer le domicile, et qui diffère en cela de la résidence, qui n'est qu'une habitation momentanée (1). (*V.* sur la deuxième disposition de cet art. 61, la 308e *Quest.*)

---

(1) M. Berriat Saint-Prix, p. 199, not. 21, n'admet pas ce tempérament à la rigueur des termes de l'art. 61; il pense que l'exploit est nul toutes les fois que l'on mentionne la *demeure* et non le *domicile*. Voici ses raisons: 1° la demeure n'est point la même chose que le domicile. On peut en avoir plusieurs, et en changer, quand on veut, dans un seul instant, et sans formalités; on n'a, au contraire, qu'un seul domicile, et le changement en est assujetti à des formes, et résulte de diverses circonstances parfois très compliquées; 2° il est des actes tels que les offres réelles (Code civil, 1258, § 6), qu'il faut notifier au domicile de la partie, et dont le défendeur serait frustré, ou qu'il serait exposé à faire irrégulièrement, si le demandeur n'indiquait que sa demeure....., 3° le Code se servant du mot *demeure* pour le défendeur, et du mot *domicile* pour le demandeur, annonce évidemment qu'il n'attache pas le même sens à ces deux mots; 4° enfin, c'est ce qui a été jugé par plusieurs arrêts, et consacré par la doctrine des auteurs. (*V.* la citation qu'en fait M. Berriat.)

Quoi qu'il en soit, nous persistons dans l'opinion que nous avons précédemment émise, et qui, loin d'avoir été contrariée par la jurisprudence postérieure, a été formellement adoptée.

1° Par la Cour de Rennes, notamment par arrêt du 1er juin 1811 (*J. Av.*, t. 13, p. 171), qui a déclaré valide un exploit d'appel, attendu que *demeure* et *domicile* sont synonymes, même dans le langage de la loi, ainsi qu'il résulte de la série des articles du Code de procédure, au titre des ajournements, où le législateur se sert indifféremment des mots domicile et demeure.

2° Par arrêt de la Cour de cassation du 28 juillet 1818 (*S.*, t. 18, 1re part., p. 367). Il y a plus : par arrêt du 23 décembre 1812

Add.—M. BONCENNE, t. 1, p. 136 et FAVARD DE LANGLADE, t. 2, p. 123, admettent la solution de cette question, malgré les nombreux arrêts qui l'ont décidée dans un sens contraire.

« De ce que l'art. 61 du Code exige, dans un exploit d'ajournement, la mention du *domicile* du demandeur et celle de la *demeure* du défendeur, il ne faut pas conclure, dit le premier de ces deux estimables auteurs, que le législateur ait mis quelque intention de différence dans l'emploi de l'une et de l'autre expression : rien ne semble plus facile à démontrer. » Et c'est en effet ce qu'il prouve par une foule de textes, dans lesquels le législateur a véritablement employé les mots *domicile* et *demeure*, comme ayant le même sens et la même valeur. **Carr.**

[[Si contre cette solution on peut citer encore un arrêt de la Cour de Liége du 13 juillet 1814 (*J. Av.*, t. 13, p. 118, 3e espèce), un de la Cour de Rennes du 22 juillet 1814 (*J. Av.*, t. 13, p. 119, 4e espèce), et l'opinion de M. DALLOZ, t. 7, p. 731, n° 6, d'un autre côté elle est consacrée par les arrêts des Cours de Liége des 7 octobre 1814 et 11 janvier 1815 (*Journ.* de cette Cour, t. 5, p. 553), de Bruxelles, 8 février 1822 (*Annales de Laporte*, 1822, t. 1, p. 297), de cassat., 21 juillet 1810 (*J. Av.*, t. 13, p. 118, 2e espèce), de Grenoble, 3 janvier 1820 (*J. Av.*, t. 13, p. 115, 3e espèce), et 16 août 1826 (*Journ.* de cette Cour, 1826, p. 112), de Besançon, 22 janvier 1820 (*J. Av.*, t. 13, p. 272), et de Poitiers, 31 décembre 1830 (*J. Av.*, t. 40, p. 306), et adoptée par M. THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 157.

Tous les arrêts que nous venons de citer décident que la demeure dans un lieu emporte l'idée de domicile dans le même lieu, lorsque le contraire n'est pas prouvé.

En effet, dans l'usage, on confond assez volontiers ces trois expressions : demeure, habitation, domicile, quoique, dans le langage de la loi elles aient rigoureusement des acceptions diverses.

Mais d'où vient qu'on emploie indifféremment l'un ou l'autre de ces mots? C'est que les choses qu'ils expriment se confondent assez souvent en une seule, ce qui fait qu'en indiquant l'une, on est censé indiquer l'autre.

Cette réunion de la demeure et du domicile étant même ce qui arrive le plus souvent, il est naturel que, lorsqu'une partie prétend que le domicile est séparé de la demeure, la preuve de ce fait soit à sa charge. Jusqu'à ce qu'elle l'ait rapportée, il y a présomption du contraire, et présomption, par conséquent, que la désignation de la demeure suffit au vœu de la loi.

Si donc le défendeur vient à prouver que le demandeur n'a pas le domicile au lieu de sa demeure indiqué dans l'exploit, il pourra demander et obtenir l'annulation de cet acte. Mais si, sans rien prouver ou alléguer de pareil, il fonde son reproche de nullité sur ce que l'exploit n'aurait pas désigné son adversaire comme domicilié, mais seulement comme demeurant à...., ses réclamations ne seront pas écoutées, parce que l'une de ces énonciations doit être, jusqu'à preuve contraire, regardée comme l'équivalent de l'autre.]] **Supp.**, p. 66.

§ 3.—*Mention de la constitution d'avoué.*

301. *Un exploit d'ajournement est-il nul, lorsque la constitution d'avoué porte par erreur sur un avoué qui aurait cessé de l'être par décès, destitution ou acceptation de fonctions incompatibles, si d'ailleurs les parties avaient, par un acte séparé, fait une nouvelle constitution ?*

Cette question, vraiment importante, s'est présentée devant les Cours de

---

(*S.*, t. 20, 1re part., p. 163, et *J. Av.*, t. 13, p. 120, 6e espèce), la même Cour a décidé que la mention de l'habitation (*habitant à*) remplissait suffisamment le vœu de la loi, le mot *habitant* exprimant l'idée d'un domicile fixe et d'une demeure habituelle.

Trèves et de Nîmes, qui l'ont décidée négativement; la première, par arrêt du 2 décembre 1809 (*S.*, t. 10, suppl., p. 63, et *J. Av.*, t. 3, p. 260, 1re espèce); la seconde, par arrêt du 24 août 1810. (V. *Biblioth. du Barr.*, 2e part., t. 4, p. 365, et t. 6, p. 166, et *J. Av.*, t. 3, p. 261, 2e espèce.)

Ainsi, nous tenons pour certain que l'exploit d'ajournement dans lequel on constitue un avoué qui a exercé notoirement ce ministère, mais qui la cessé pour des causes qui, à raison des distances, ne peuvent être presumées avoir été connues au lieu où l'exploit a été dressé, ne peut être annulé comme ne contenant pas constitution d'avoué, si toutefois, dans un temps rapproché, le demandeur signifie nouvelle constitution, en s'en référant, pour le surplus, à son exploit. Il est évident, en effet, que la partie ayant été dans la bonne foi, ayant annoncé, autant qu'il était en son pouvoir, l'intention de satisfaire à la loi, ce serait porter la rigueur trop loin que d'annuler, dans ce cas, des actes qu'elle a revêtus de toutes les formes prescrites.

M. Thomine Desmazures, professeur à la faculté de Caen, a consigné cette opinion dans ses cahiers.

Mais, disait-il, pour éviter l'inconvénient de nommer des avoués démissionnaires ou décédés, les huissiers feraient sagement, en constituant un avoué dans l'assignation, d'y ajouter la constitution du *plus ancien des avoués*, pour occuper au défaut de celui qu'ils indiquent.

Cette observation conduit à l'examen d'une question qui ne laisse pas de présenter quelque importance, puisqu'il peut arriver qu'une partie ignore, soit les noms des avoués militant près le tribunal où elle assigne, soit l'existence de celui qu'elle constituerait. On sent que, dans cette circonstance, il lui est avantageux de pouvoir instituer un avoué autrement qu'en le désignant par son nom. Cette question est la suivante.

CC L'affirmative de cette question a été embrassée par les Cours d'Orléans, le 16 décembre 1813 (*J. Av.*, t. 13, p. 116, 2e esp.); de Rennes, le 21 octobre 1816; de Metz, le 12 juin 1816 (*J. Av.*, t. 3, p. 238, 6e et 7e esp.); de Riom, le 17 avril 1818 (*J. Av.*, t. 13, p. 117, 3e esp.); de Bruxelles, le 15 juin 1830 (*J. Av.*, t. 41, p. 569); de Limoges, 19 mai 1838 (*J. Av.*, t. 55, p. 493); par la Cour de Nîmes, le 27 février 1819 (*J. Av.*, t. 13, p. 117, 4e espèce); qui a même été jusqu'à dire que la nullité n'est pas réparée, par l'acte de constitution que fait signifier un avoué, en déclarant qu'il est au lieu et place de celui qui avait été mal à propos constitué, et enfin par les Cours de Bourges, le 1er mars 1831 (*J. Av.*, t. 42, p. 59), et d'Aix, le 3 juillet 1838 (*J. Av.*, t. 55, p. 563), qui se sont déterminées par la facilité que l'appelant aurait eue de connaître la mutation arrivée dans le personnel des avoués.

Mais la décision contraire, fondée sur la bonne foi dans laquelle peut être le demandeur, à raison des circonstances qui ont empêché d'arriver jusqu'à lui la nouvelle du décès, ou de la démission de l'avoué qu'il constitue, a été consacrée par les cours de Bourges, le 29 juin 1808 (*J. Av.*, t. 13, p. 116, 1re espèce); de Bordeaux, le 20 mars 1824 (*J. Av.*, t. 27, p. 157); de Grenoble, le 6 décembre 1814 (*J. Av.*, t. 13, p. 229); de Colmar, le 17 mars 1836 (*J. Av.*, t. 52, p. 354); de Limoges, le 20 juillet 1838 (*J. Av.*, t. 56, p. 286, et *J. P.*, t. 1 de 1839, p. 199), et par la Cour de cassation, le 16 mai 1836 (*J. Av.*, t. 51, p. 681, et *J. P.*, t. 1 de 1837, p. 147).

Sans doute, l'instance ne peut se poursuivre qu'après la constitution d'un nouvel avoué; mais, l'exploit étant néanmoins valable, peu importe que cette constitution nouvelle ait lieu après l'expiration du délai de la prescription, parce qu'elle a été interrompue, ou, s'il s'agit d'un acte d'appel, après les trois mois, puisque l'appel a été régulièrement fait dans les délais; c'est ce qu'a expressément jugé la Cour de Rennes, le 3 janvier 1827 (*J. Av.*, t. 33, p. 212).

Si, à l'autorité de cette jurisprudence, on ajoute l'opinion de MM. FAVARD DE LANGLADE, t. 1, p. 136, n° 2; DALLOZ, t. 7, p. 751, n° 2; THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 158; BONCENNE, t. 2, p. 146, et BOITARD, t. 1, p. 246, on verra que la balance penche en faveur de la validité de l'exploit; et c'est l'opinion qui nous paraît la plus équitable. La raison la suggère, et aucun texte de loi n'y répugne.

« L'erreur de fait, dit M. Boncenne, *loco citato*, suffit pour la rescision d'une transaction, d'un contrat, ou pour la rétractation d'un aveu judiciaire; comment ne serait-elle pas une excuse, pour le redressement d'une faute inoffensive qu'un mot a effacée, et dont aucun droit n'a souffert? Il faut qu'il y ait un manquement prévu, une disposition faussée, une garantie éludée un abus possible, pour qu'une telle sévérité ne soit pas déplacée. »]] **Supp. alph.**, v° *Ajournem.*, n. 225 et suiv.

302. *La constitution d'un avoué désigné seulement par le titre de* doyen des avoués, *est-elle valable?*

Par suite d'une telle constitution, la nullité d'un exploit a été opposée devant la Cour de Rennes; mais cette Cour n'eut pas besoin de s'y arrêter. (V. *Journ.* de la Cour de Rennes, t. 1, p. 216.)

On prétendait que la constitution n'était pas valable, parce que la loi, en exigeant constitution de l'avoué qui occupera pour la partie, exigeait implicitement que cet avoué fût désigné par son nom, qu'au surplus, ce moyen fût-il rejeté, la constitution n'en devait pas moins être considérée comme non avenue, puisque la loi a laissé dans l'incertitude auquel des avoués d'un tribunal appartenait le titre de doyen. Mais il est évident que le doyen des avoués est *le plus ancien* dans l'ordre de réception, et l'on peut, au reste, prévenir toute difficulté, en faisant la constitution sous ce dernier titre; qui ne laisse subsister aucun doute, puisque le Code s'en sert en plusieurs articles pour désigner l'avoué le plus ancien nommé.

[[Notamment dans les art. 536, 667, et 719 Cod. proc. civ.; la même précaution est indiquée comme suffisante par MM. FAVARD DE LANGLADE, t. 1, p. 136, n° 2; THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 158; et BOITARD, t. 1, p. 247, et suivant le même système, on pourrait, et avec plus de sécurité, constituer le président ou le secrétaire, ou tout autre officier de la chambre; la mention du plus ancien, nous paraît suffisante, mais celle du doyen pourrait être critiquée.]]

[[**302** bis. *Si l'exploit contenait élection expresse de domicile chez un avoué, sans ajouter qu'on le constitue, serait-il néanmoins, par cette formule, régulièrement constitué? Peut-on admettre des équipollents d'un autre genre?*

Plusieurs Cours, s'attachant à la lettre de la loi, ont exigé une constitution expresse, et ont refusé d'en voir l'équivalent dans l'élection de domicile faite chez un avoué. Leurs motifs sont que si, d'un côté, d'après l'art. 61, la constitution d'un avoué emporte élection de domicile chez lui, à moins d'élection contraire, la réciproque n'est pas également prononcée par la loi; et que, puisqu'il dépend de la partie d'élire domicile ailleurs que chez l'avoué qu'elle charge d'occuper pour elle, cette élection pourrait bien avoir lieu chez un avoué, et la constitution chez un autre. C'est dans ce sens seul qu'ont été rendus les arrêts des Cours de Liége, 15 juin 1807 (*J. Av.*, t. 3, p. 113, 1re espèce), et 23 novembre 1814 (*J. Av.*, t. 13, p. 228); de Montpellier, 5 août 1807 (*J. Av.*, t. 3, p. 114, 2e espèce); de Colmar, 26 janvier 1816 (*Ibid.*, p. 116, 4e espèce); de Lyon, 29 mai 1816 (*Ibid.*, 5e espèce), et 25 août 1828 (*J. Av.*, t. 35, p. 377); de Grenoble, 5 juillet 1828 (*J. Av.*, t. 36, p. 132); d'Amiens, 10 novem-

bre 1821 (*J. Av.*, t. 23, p. 324); de Bourges, 28 mars 1832, et de Lyon, 5 février 1836 (*J. Av.*, t. 51, p. 511).

MM. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 176; FAVARD DE LANGLADE, t. 1, p. 137, n° 2, et BONCENNE, t. 2, p. 140, embrassent la même doctrine.

Pour l'opinion contraire, les autorités sont moins nombreuses. On trouve cependant des décisions des Cours de Colmar, 24 mars 1810 (*J. Av.*, t. 3, p. 115, 3e espèce), et 23 février 1836 (*J. Av.*, t. 51, p. 510); de Metz, 7 juill. 1814 (*J. Av.* t. 3, p. 149, 19e espèce), et 1er juin 1819 (*J. Av.*, t. 3, p. 116, 6e espèce), et de Nancy, 16 août 1825 (*J. Av.*, t. 30, p. 40).

M. THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 158, les appuie de son assentiment.

Nous croyons devoir nous ranger à ce dernier avis, que la Cour de cassation a embrassé dans le seul arrêt qu'elle ait eu occasion de rendre sur cette question, le 21 août 1832 (*J. Av.*, t. 46, p. 170).

La partie peut, il est vrai, choisir son domicile ailleurs que chez son avoué; mais lorsque c'est chez un avoué qu'elle a fait cette élection, n'est-il pas évident qu'elle a renoncé à la faculté qu'elle avait? Et n'y aura-t-il pas trop de sévérité à ne pas voir une constitution dans l'expression d'un fait qui en est la suite ordinaire, légale, et presque nécessaire?

Nous avons peine à comprendre que plusieurs auteurs et tribunaux aient vu, dans la simple désignation de la *demeure*, une indication suffisante du *domicile*, lorsqu'il n'est point prouvé que l'un soit séparé de l'autre (V. *suprà*, la *Quest.* 300), et que, par une raison d'analogie beaucoup plus forte, ils n'aient pas voulu voir, dans l'élection de domicile chez un avoué, une véritable constitution, lorsque le contraire ne résulte pas de l'exploit; il faudrait, ce nous semble, renoncer à tout système d'équipollents avant de repousser celui-ci.

Et, néanmoins, la jurisprudence et la doctrine en ont admis qui n'ont rien de plus précis, ni de plus frappant.

Ainsi, tout en décidant que l'acte d'appel doit, à peine de nullité, contenir constitution d'avoué, Turin, 14 juin 1807 (*J. Av.*, t. 13, p. 95); qu'il y a nullité lorsque la copie, ou l'une des copies, ne contient pas le nom de l'avoué constitué, Grenoble, 5 juillet 1828 (*J. Av.*, t. 36, p. 132), et 14 déc. 1832 (*J. Av.*, t. 45 p. 473); qu'on ne remplirait pas le vœu de la loi, en constituant un avocat (1); et que l'omission de la constitution dans l'acte d'appel ne peut être ultérieurement réparée par un acte notifié après l'expiration des délais (2), Pau, 22 juillet 1809; Cass., 4 septembre 1809, et 12 juin 1816; Florence, 19 mai 1810; Limoges, 14 avril 1813; Cass., 5 janvier 1815; Rennes, 21 octobre 1816 (*J. Av.*, t. 3, p. 232); Rennes, 21 décembre 1808 (*J. Av.*, t. 3, p. 205), et 18 mai 1824 (*J. Av.*, t. 28, p. 48): on reconnaît qu'un exploit n'est pas nul par cela seul que l'officier constitué, quoique étant avoué, y est désigné comme avocat, Limoges, 30 décembre 1812 (*J. Av.*, t. 13, p. 205); qu'il y a constitution suffisante lorsqu'il est donné assignation à comparaître à l'effet de, *par le ministère de tel avoué*, voir conclure, etc., ou que l'on déclare que tel avoué occupera pour le demandeur; Bruxelles, 21 février 1814 (*J. Av.*, t. 13; p. 221); que l'erreur de nom dans la constitution d'avoué n'opère pas la nullité, si, d'ailleurs, il est impossible de se méprendre sur la personne du véritable constitué; Angers, 2 janvier 1824 (*J. Av.*, t. 26, p. 311), et Bourges, 10 février 1826 (*Journ.* de cette

---

(1) [M. Merlin a savamment établi ce point dans le réquisitoire prononcé en l'affaire jugée par la Cour de cassation, le 4 septembre 1809. (V. *Questions de Droit*, v° *Appel*, § 10, n° 2, t. 1, p. 124.)]

(2) [M. DALLOZ, t. 7, p. 751, n° 2, méconnaît à tort ce principe.]

Cour, 5e année, p. 231); à moins que ce nom soit tellement altéré, qu'on ne puisse pas le déchiffrer; Rennes, 23 juin 1820 (*J. Av.*, t. 3, p. 459), et qu'alors même qu'on a complétement omis le nom de l'avoué constitué, l'exploit est valable si l'on y a indiqué la rue et le numéro où il demeure, et s'il n'y a pas plusieurs avoués logés dans cette maison; Bordeaux, 1er juin 1831 (*J. Av.*, t. 41, p. 686).

La Cour de Rennes, le 20 janvier 1813 (*J. Av.*, t. 3, p. 380), et la Cour de cassation, le 21 décembre 1831 (*J. Av.*, t. 44, p. 224), ont même été jusqu'à admettre que la constitution ne doit pas nécessairement se trouver dans le corps de l'exploit, qu'elle peut être suppléée par la signature qu'un avoué aurait mise en marge de la copie, ou par une réquisition d'appel qui serait signifiée en tête de l'acte, qui contiendrait ces mots : *A la requête d'un tel, avoué vous permettrez d'assigner*, et qui porterait la signature de cet officier

Mais ces deux dernières décisions nous paraissent excéder les bornes de l'indulgence et contrarier les vrais principes de la matière. Leur résultat serait de donner à l'avoué le pouvoir de se constituer lui-même, et l'on sent que c'est à la partie à le faire; que, tout le temps qu'elle ne l'a point chargé par un acte émané d'elle, de sa défense, l'avoué n'a point qualité pour la représenter : la partie adverse n'est pas obligée de le reconnaître. Nul ne peut se donner qualité à lui-même; et c'est pourtant ce qui arriverait, si l'on admettait le système consacré dans les deux espèces dont nous parlons. En effet, la signature de l'avoué sur la copie, une réquisition d'appel faite par lui, sont des actes qui lui sont personnels, qui sont étrangers au demandeur : l'exploit seul fait foi des intentions de celui-ci, parce que l'huissier, qui en est l'auteur, est seul chargé par la loi de les constater.]] **Supp. alph.**, n. 230.

[[**302** ter. *La nullité résultant du défaut de constitution valable d'avoué, est-elle couverte par la signification faite par l'avoué du défendeur au véritable avoué du demandeur ?*

Nous résolvons cette question sous notre *Quest.* 739 *bis*, t. 2, p. 218, § 9, contrairement à l'opinion de M. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 175, qui se prononce pour l'affirmative. (*V.* aussi la *Quest.* 744.)]]

303. *Un exploit serait-il nul, dans le cas où un avoué, étant lui-même demandeur en privé nom, ne ferait pas constitution d'avoué, mais déclarerait s'expédier par lui-même?*

Il est certain qu'autrefois les procureurs *ad lites* pouvaient, devant le tribunal auquel ils étaient attachés, exercer leur ministère pour eux-mêmes, leurs femmes, leurs enfants, leurs parents, à la différence des huissiers et autres officiers de justice. M. PIGEAU, dans son *Traité de la procédure civile du Châtelet*, t. 1, p. 145, atteste que tel était l'usage à Paris. Cet usage était suivi en Bretagne, et sans doute dans les autres provinces.

Les attributions des avoués ne sont pas moins étendues que celles des anciens procureurs, qu'ils remplacent. *Les avoués*, dit l'art. 94 de la loi du 27 ventôse an VIII, sur l'organisation des tribunaux, *auront exclusivement le droit de postuler et de prendre des conclusions dans le tribunal pour lequel ils seront établis : néanmoins, les parties pourront se défendre elles-mêmes verbalement ou par écrit, ou faire proposer leur défense par qui elles jugeront à propos.* Nous croyons pouvoir conclure de là que les avoués peuvent aujourd'hui *s'expédier par eux-mêmes*, comme les anciens procureurs en avaient la faculté.

[[La raison pour laquelle les huissiers ne peuvent instrumenter pour eux, ni pour leurs proches (*V.* l'art. 66), c'est que leur ministère consiste à consta-

ter des faits qui créent des droits au profit de la personne au nom de laquelle ils agissent, et qui lient la partie adverse. Si donc ils instrumentaient pour eux-mêmes, ou pour leurs parents, ils seraient témoins et, pour ainsi dire, juges de leur propre cause. La facilité qu'ils auraient de trahir la personne assignée, en constatant des faits qui réellement n'auraient pas eu lieu, en supposant des significations dont ils n'auraient pas remis la copie, les fait réputer suspects par la loi, et c'est avec raison.

Mais les avoués n'ont rien à constater, leur ministère est tout de défense. Tous les actes qu'ils font, ou bien ont lieu devant la justice dont la présence est une garantie, ou bien sont confiés à l'huissier, qui les signifie. Ils n'ont donc pas le pouvoir de nuire, par des rapports mensongers, à leur partie adverse. Il n'existe, par suite, aucun motif pour les empêcher d'occuper dans leur propre cause, encore moins dans celle de leurs parents ou alliés, aussi la loi ne contient-elle aucune disposition à ce sujet, et son silence n'est pas un oubli.]]

304. *Le demandeur qui élirait un autre domicile que celui de l'avoué qu'il constitue, pourrait-il choisir ce domicile hors du lieu où siége le tribunal?*

Non, sans doute; autrement on tromperait le vœu de la loi, qui est de faciliter les communications entre les parties, de hâter, d'accélérer autant que possible la marche de l'instruction, d'économiser les frais. Cette décision est d'ailleurs conforme à l'analogie : toutes les fois que la loi prescrit une élection de domicile à faire dans le cours d'une instance, elle exige qu'elle soit faite au lieu où siége le tribunal. (*V.*, entre autres, les art. 422 et 559.)

[[C'est aussi l'opinion de M. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 177. Nous croyons, comme lui, qu'il est convenable que le domicile, choisi ailleurs que chez l'avoué constitué, le soit dans la ville où siége le tribunal; mais si des motifs où la fraude ne se mêlerait point engageaient le demandeur à agir autrement, aucune loi ne prononçant la nullité pour cette cause, son exploit nous paraîtrait valable.]]

[[**304** bis. *S'il y a plusieurs demandeurs, comment doivent-ils constituer avoué et élire domicile?*

S'il y a plusieurs demandeurs par le même exploit, il est évident qu'ils doivent constituer un seul et même avoué; s'ils le font par des exploits différents, et qu'ils aient constitué des avoués différents, si l'objet est indivisible, le défendeur pourra demander la jonction des demandes et leur réunion en un seul procès, qui sera suivi par un seul avoué, sur le choix duquel ils doivent s'accorder. Il en est de même si l'objet est divisible, et que tous les demandeurs ont le même intérêt; telle est l'opinion de M. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 175 et 176, qui ajoute même, par argument des art. 556 et 667, que si les demandeurs ne s'accordent pas, le défendeur pourra faire ses significations à l'avoué le plus ancien.]]

[[**304** ter. *Le préfet et les administrations publiques, agissant au nom de l'Etat, doivent-ils aussi constituer avoué dans les exploits d'ajournement qu'ils font signifier?*

Cette question est traitée au titre de la constitution d'avoué.]]

[[**304** quater. *Quel est le motif de l'élection de domicile prescrite par l'art.* 61, *et quels sont les résultats de cette élection?*

L'art. 1er du titre 2 de l'ordonnance de 1667 était ainsi conçu : « En tous siéges, et en toutes matières où le ministère des procureurs est néces-

saire, les exploits d'ajournement, d'intimation, ou anticipation; contiendront le nom du procureur du demandeur; à peine de nullité de l'exploit et de tout ce qui pourrait être fait en exécution, et de vingt livres d'amende contre le sergent. »

Aucune élection de domicile, au lieu où siége le tribunal, n'était exigée par cet article

JOUSSE, dans son *Comm.*, t. 1, p. 43, not. 1, fait remarquer que lorsque le demandeur ne cote point procureur, il doit faire élection de domicile dans le lieu de la juridiction où l'affaire se poursuit.

Même vol., p. 247, not. 2, cet auteur, parlant du simple acte qui doit lier la cause en matière sommaire, ajoute : « Quand les parties n'ont point coté de « procureur, la signification de cet acte, ainsi que toutes les autres significa- « tions, doivent être faites au domicile de la partie, et le demandeur *est même* « *obligé, pour ce cas, d'élire domicile dans la ville où le siége est établi.* »

Voici les termes de la loi du 3 brumaire an II, art. 1er : Les citations dans les tribunaux de district seront faites par un simple exploit qui énoncera laconiquement l'objet, ainsi que les motifs de la demande, et désignera le tribunal, le jour et l'heure de la comparution.

Le projet du Code de procédure civile portait, art. 55: L'exploit d'ajournement contiendra la date des jour, mois et an; les noms; profession et domicile du demandeur; la constitution de l'avoué qui occupera pour lui; *l'élection de domicile sera de droit en la demeure de l'avoué constitué.*

A ce dernier membre de phrase on a substitué, lors de la rédaction définitive, celui-ci : *Et chez lequel l'élection de domicile sera de droit, à moins d'une élection contraire par le même exploit.*

Pas un mot dans les motifs, dans les discours des orateurs; qui explique ce changement, cette modification, et le sens des expressions nouvelles.

De tous les auteurs, un seul a parlé de cette élection, M. Pigeau; voici comment il s'exprime dans son premier ouvrage, t. 1, p. 125, not. 7 : « Il est permis au demandeur d'élire domicile dans l'assignation, mais ce ne peut être que dans le lieu où siége le tribunal; *argument* de l'art. 61, qui, quand il n'y a pas d'élection, en fait une de droit chez l'avoué, lequel demeure dans ce lieu, pour que le défendeur ne soit pas obligé de faire signifier dans un endroit éloigné; 2° lorsque l'assignation ne contient pas d'élection de domicile, elle est de droit chez l'avoué; 3° l'élection de domicile, soit de fait soit de droit, autorise le défendeur à faire, au domicile élu, toutes les significations relatives à l'affaire; cependant, il ne peut faire des offres réelles à ce domicile.»

Dans son *Commentaire*, t. 1, p. 176, not. 7, il explique pourquoi la constitution vaut élection, par ce motif qu'on a senti que dans le cours de l'instance ou de l'exécution du jugement, l'assigné pouvait avoir à faire signifier *des actes extrajudiciaires au demandeur, et qu'il serait embarrassant de faire ces significations au domicile réel du demandeur, qui pouvait en être éloigné.*

Ces observations de M. Pigeau ne suffisent pas pour nous édifier sur la nécessité et le but de l'élection de domicile exigée par l'art. 61.

Nous ferons d'abord remarquer que le législateur a eu tort de se servir de cette locution *l'élection de domicile;* car il n'avait pas encore parlé d'une *élection de domicile.* Il aurait fallu dire *élection de domicile*, ou *une élection de domicile.* L'auteur de l'addition au projet définitif a présupposé la nécessité d'une élection de domicile qui ne se trouvait écrite nulle part.

A quoi servira cette élection de domicile, de fait ou de droit?

Ou le défendeur fait défaut, ou il comparaît.

S'il fait défaut, il n'a le droit de faire aucun acte, aucune signification au domicile élu, qui se rattache exclusivement à une instance dans laquelle les parties ne peuvent figurer autrement qu'après avoir constitué avoué.

S'il comparaît, toutes ses manifestations de volonté se feront par le ministère de l'avoué qu'il aura été obligé de constituer, et les significations devront alors avoir lieu par simple acte.

Objectera-t-on que certaines significations doivent être faites dans le cours d'une procédure à la personne même du demandeur, comme celles d'un jugement provisoire, d'un jugement ordonnant un interrogatoire, mais ces significations ne peuvent pas être faites au domicile élu dans l'exploit; il faut qu'elles soient faites au domicile réel. Dans le cas d'une enquête, la loi a pris soin d'exprimer que la partie qui devait être assignée le serait au domicile de son avoué, tant elle songeait peu à l'élection de domicile de l'exploit.

Et si, comme le dit M. Pigeau, cette élection de domicile a lieu pour faciliter *toutes les significations relatives à l'affaire*, on ne voit pas pourquoi le législateur n'a pas imposé aussi au défendeur l'obligation d'élire domicile en constituant son avoué.

Si les demandes incidentes et en intervention n'avaient pas pu être formées par un simple acte et par une requête (art.337 et 339), on concevrait que le domicile élu dans l'exploit pût les recevoir; mais la forme de leur introduction indique suffisamment qu'elles doivent être signifiées à l'avoué du demandeur.

Disons qu'avant le Code de procédure, il fallait ou une constitution d'avoué ou une élection de domicile, dans les cas *où on ne cotait pas procureur*, et que, depuis le Code, la constitution d'avoué est une véritable élection de domicile pour toutes les significations relatives à l'affaire, *excepté les assignations à partie et les significations d'offres réelles ou de jugement.*

En matière commerciale, le législateur n'a pas exigé d'élection de domicile dans l'exploit, quoique cela parût nécessaire, puisque l'exploit ne contient pas constitution d'avoué.

Mais après la comparution, si l'affaire ne se termine pas à la première audience, les deux parties, demandeur et défendeur, doivent élire un domicile dans le lieu où siége le tribunal; sinon, le greffe est réputé le domicile commun, même pour la signification du jugement définitif (art. 422 du Code de procédure civile).

Les expressions finales du premier paragraphe de l'art. 61 ne nous paraissent donc avoir aucune valeur, et elles ne peuvent servir qu'à embarrasser l'application de la loi, en faisant supposer que si le demandeur avait fait une élection de domicile ailleurs que chez son avoué, les actes de l'instance pourraient être signifiés à ce domicile élu, ce qui évidemment n'est point admissible.]]

§ 4. — *Mention relative à l'huissier.*

305. *L'huissier devant indiquer sa demeure, doit-il indiquer en même temps la rue et le numéro de sa maison?*

Nous pensons, comme sur la 298e *Question*, que le défaut de cette indication n'emporterait pas nullité de l'exploit; mais il est prudent que l'huissier évite cette omission.

[[Voir *infrà* notre *Quest.* 305 *quater.*]]

[[**305** bis. *Faut-il que l'huissier signe l'exploit?*

La signature de l'officier public est l'élément nécessaire, le complément indispensable des actes qu'il rédige; c'est la seule marque admissible d'authenticité. Jusqu'à ce qu'elle soit apposée, il n'y a pas d'acte; si la rédaction en est faite ce n'est qu'un simple projet. Aussi les Cours de Besançon, 25 janvier

1810 (*J. Av.*, t. 13, p. 61), et de Poitiers, 13 août 1819 (*J. Av.*, t. 13, p. 269), ou elles annulé des exploits dont la copie ne portait pas la signature de l'huissier, et la Cour de Bruxelles, 19 novemb. 1828 (*J. Av.*, t. 36, p. 314), a-t-elle déclaré nul un exploit au bas duquel on ne voyait que des caractères imparfaits, différents de la signature habituelle de l'huissier dont le nom était mentionné en tête de l'acte.

Cette omission n'en serait pas moins irritante, a dit, avec raison, la Cour de Bourges, le 9 février 1829 (*J. Av.*, t. 39, p. 202), alors même que le *parlant à* et la date seraient de la main de l'huissier.]]

[[**305** ter. *L'immatricule, la date, le parlant à, doivent-ils être nécessairement écrits de la main de l'huissier?*

La Cour de Riom a annulé, le 4 juillet 1829 (*J. Av.*, t. 38, p. 368), un exploit dans lequel l'immatricule, le parlant à et la date n'étaient pas écrits de la main de l'huissier.

Cette décision ne nous paraît fondée sur aucune loi : la signature de l'huissier est seule exigée pour constituer et valider toutes les énonciations de l'acte. Demander autre chose, c'est créer une nullité que le législateur n'a pas prononcée. L'emploi que l'huissier aura fait d'une main étrangère ne prouve pas qu'il n'ait point procédé lui-même à la signification ; sa signature atteste le contraire. Cette attestation ne peut être légalement arguée que par une inscription de faux.

C'est donc avec raison que la Cour de Rennes a jugé, le 20 mai 1813 (*J. Av.*, t. 13, p. 215), que les énonciations relatives à l'immatricule d'un huissier lui deviennent propres par sa signature, quoiqu'elles ne soient pas entièrement écrites de sa main, et la Cour de Turin, le 24 germinal an 12 (*J. Av.*, t. 13, p. 70), que l'exploit n'est pas nul, parce que le nom de la personne à laquelle il est signifié n'est pas écrit de la main de l'huissier. M. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 70, se prononce dans le même sens, pour la mention de la personne à qui l'exploit est laissé. M. BOITARD, t. 1, p. 267 et 268, n'hésite pas à enseigner que l'exploit écrit d'un bout à l'autre par une main étrangère est néanmoins valable si l'huissier, en le signant, a pris la responsabilité de tout son contenu.]]

Supp. alph., v° *Ajournement*, n. 241.

[[**305** quater. *Peut-on admettre les équipollents dans la mention de l'immatricule et de la demeure de l'huissier?*

Oui, comme pour toutes les autres énonciatiations de l'exploit. C'est l'avis de MM. FAVARD DE LANGLADE, t. 1, p. 137, n° 3; DALLOZ, t. 7, p. 731, n° 7; THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 159; PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 177, et MERLIN, *Questions de droit*, v° ASSIGNATION, § 5.

Par exemple, l'huissier remplit suffisamment le vœu de la loi, lorsqu'il indique le tribunal auprès duquel il exerce ses fonctions; Cass., 12 mars 181[illegible] (*J. Av.*, t. 13, p. 210).

Lorsqu'il se dit *patenté à...*, au lieu de *immatriculé à...*; Cass., 11 nov. 182[illegible] (*J. Av.*, t. 25, p. 347);

Lorsqu'antérieurement à l'institution des avoués, l'huissier se contentait de prendre la qualité d'officier ministériel près les tribunaux de Paris; Cass., 6 floréal an X (*J. Av.*, t. 13, p. 58);

Lorsqu'il énonce ses qualités par abréviation; Grenoble, 28 juillet 1817 (*J. Av.*, t. 13, p. 252);

Lorsqu'il se désigne par ces mots : *huissier de cet arrondissement*, Poitiers, 28 décemb. 1837 (*J. Av.*, t. 54, p. 201), ou par ceux-ci : *huissier audiencier à la Cour royale de...*; Cass., 5 décemb. 1836 (*J. Av.*, t. 52, p. 249);

Lorsqu'au lieu de sa demeure, il indique son domicile; Cass., 10 août 1815 (*J. Av.*, t. 13, p. 217); ou seulement le nom de la commune qu'il habite; Lyon, 14 mars 1827 (TAJAN, t. 14, p. 369), ou qu'au lieu de la résidence qui lui a été assignée par le tribunal, il indique sa demeure réelle, Nîmes, 20 janvier 1819 (*J. Av.*, t. 13, p. 261);

Lorsque sans indiquer textuellement sa demeure, il la fait virtuellement connaître, Toulouse, 3 juin 1835 (*J. Av.*, t. 49, p. 672), et insère, d'ailleurs, dans l'exploit des énonciations qui ne permettent pas au défendeur de se méprendre sur sa capacité et son identité; Lyon, 12 février 1835 (*J. Av.*, t. 48, p. 156).

Enfin, sa seule signature au bas de l'acte peut suppléer au défaut d'indication de son nom dans le corps de ce même acte; c'est ce qu'a jugé la Cour de Rennes, le 22 août 1810 (*J. Av.*, t. 13, p. 158), et ce qu'enseigne M. PIGEAU, *Procéd. civ.*, aux notes, sur sa formule d'exploit. M. Carré, en citant ces autorités, disait, dans une note : « Quoi qu'il en soit, il importe beaucoup d'éviter « cette omission, car on pourrait avec succès peut-être opposer à l'arrêt pré- « cité et à l'opinion de M. Pigeau, que le législateur, dans l'art. 61, exige une « constitution tout-à-fait indépendante de la signature de l'officier ministériel, « et qu'il suffit qu'il l'exige, à peine de nullité, pour qu'elle soit rigoureuse- « ment nécessaire dans l'exploit; que le motif de la loi est que la partie à la- « quelle l'acte est signifié, puisse se convaincre, à la seule inspection, que la « notification lui en est faite par un officier ministériel, ayant caractère pour « instrumenter dans le ressort, qu'elle doit, par conséquent, connaître le « nom de l'individu qui se qualifie huissier; ce qui serait souvent impossible, « à raison que dans une signature, les caractères ordinaires de l'écriture sont « souvent défigurés et méconnaissables; qu'enfin cette considération a pu suf « fire pour déterminer le législateur à exiger que le nom de l'huissier soit in- « séré *dans le corps de l'acte.* »

Sans doute, il est plus régulier de mettre le nom de l'huissier dans le corps de l'exploit; mais nous ne pouvons voir une nullité dans son omission, lorsque la signature l'indique. La plus forte objection de M. Carré est que la signature peut ne pas présenter le nom avec clarté; mais cet inconvénient peut également se présenter dans l'écriture.

Ce serait, à notre avis, ajouter à l'art. 61 que de lui faire dire que le nom de l'huissier doit être, à peine de nullité, dans le corps de l'acte plutôt qu'à la fin.

L'on sent, au surplus, que ce qu'il y a de plus essentiel dans l'immatricule de l'huissier, c'est la mention de sa qualité; Rennes, 7 février 1810 (*J. Av.*, t. 13, p. 144), et Toulouse, 27 décemb. 1826 (*J. Av.*, t 34, p. 69); et celle du tribunal près duquel il exerce, Paris, 29 avril 1809 (*J. Av.*, t. 12, p. 466); que, si elle contenait des énonciations fausses, leur fausseté ne serait pas moins que l'omission complète une cause de nullité; Lyon, 16 janvier 1811 (*J. Av.*, t. 13, p. 159); et qu'enfin la nullité qui résulterait des vices de l'immatricule ne pourrait être opposée par la partie à laquelle on représente un acte émané d'elle, qui prouve qu'elle avait connaissance de la qualité de l'huissier instrumentaire; par exemple, s'il s'agit d'un exploit d'appel, à la partie qui aurait fait signifier, par cet huissier même, le jugement de première instance; Cass., 13 avril 1837 (*J. Av.*, t. 53, p. 430, et *J. P.*, t. 2, de 1837, p. 243).

Nous terminerons en disant que l'omission de la patente de l'huissier n'est jamais une cause de nullité; Cass., 3 novemb. 1807 (*J. Av.*, t. 6, p. 466; et qu'avant le Code de commerce, il n'était pas nécessaire, dans les instances commerciales que l'exploit de réassigné fît mention de l'immatricule; Cass. 5 brumaire an XI (*J. P.*, 3e édit. t. 3, p. 30), et Paris, 4 fructidor an VIII (*Ibid.*, t. 1, p. 720).]] **Supp. alph.**, n. 242 et 243.

§ 5. — *Mention relative au défendeur.*

306. *Doit-on indiquer les prénoms et la profession du défendeur?*

La loi ne l'exige pas; mais il convient de le faire lorsqu'il est possible, pour que le défendeur ait bien la certitude que c'est à lui que l'exploit s'adresse (Voy. *Quest.* 1re.)

[[Quant à la *profession* du défendeur, il est hors de doute que la mention n'en est pas nécessaire, puisque l'article ne l'exige pas, et que même ce mot a été supprimé à dessein lors de la rédaction définitive. Aussi M. BONCENNE, t. 2, p. 110, partage-t-il, sur ce point, l'opinion de M. Carré.

En ce qui touche les prénoms, un arrêt de la Cour de Liége du 31 juillet 1811 (*J. Av.*, t. 13, p. 174), et un autre de la Cour de Bruxelles du 21 novemb. 1829 (*Journ.* de cette Cour, t. 1 de 1830, p. 205), ont également décidé que la loi n'en prescrit pas l'énonciation à peine de nullité, et c'est l'avis de MM. PIGEAU, *Comment.*, t. 1, p. 177; DALLOZ, t. 7, p. 731, n° 2; et THOMINE DESMAZURES t. 1, p. 157.

Mais MM. BONCENNE, t. 2, p. 110, et BOITARD, t. 1, p. 248, émettent et soutiennent l'avis opposé. Ce dernier auteur trouve cependant que cette exigence, quoique utile, est un peu sévère, dans certains cas, parce qu'il n'est pas toujours possible au demandeur de connaître d'une manière précise les prénoms de son adversaire.

Quant à nous, il nous semble que les principes déjà appliqués relativement aux prénoms du demandeur (Voir *suprà Quest.* 285), doivent encore nous guider dans la solution de la question actuelle; c'est-à-dire que nous ne ferions de l'omission des prénoms une cause de nullité, qu'autant qu'elle influerait sur la clarté de la désignation, et qu'il résulterait des documents du procès que le demandeur aurait pu facilement connaître les prénoms du défendeur.]] **Supp. alph.**, v° *Ajournement*, n. 248.

307. *Le mot* les noms *est-il restreint aux noms propres, ou comprend-il les noms collectifs?*

Il est restreint aux noms propres, et par conséquent une assignation à un établissement public, à une société, sans indication des noms des administrateurs et associés, serait valable. (*V.* BERRIAT, p. 200, not. 23, et nos questions sur l'art. 69.)

Add. Il résulte de la solution donnée sur cette question, qu'il en est à l'égard des établissements publics et des sociétés défenderesses, tout autrement que du cas où elles sont demanderesses, et dans lequel il faut indiquer les noms des administrateurs ou des associés. **Carr.**

[[La décision de MM. Carré et Berriat Saint-Prix se fonde sur un arrêt de la Cour de cassation, en date du 21 novembre 1808, auquel on peut en joindre un autre de la Cour de Pau du 19 janvier 1811 (*J. Av.*, t. 13, p. 125), et un troisième de la Cour d'Orléans du 16 décembre 1813 (*J. Av.*, t. 13, p. 221). PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 196, combat ces décisions en disant que le jugement à intervenir ne pourrait être exécuté individuellement, contre les associés, s'ils n'avaient pas été nommément désignés dans l'exploit introductif d'instance. Cette raison que nous avons déjà combattue sous la *Quest.* 287 *bis*, pour justifier notre dissentiment avec les auteurs cités, relativement aux sociétés demanderesses, n'a pas plus de poids dans le cas actuel: Il est certain, en effet, que le jugement rendu contre la société collectivement est exécutoire contre chacun de ses membres, aussi nous adoptons pleinement ici l'avis de M. Carré

que partagent MM. FAVARD DE LANGLADE, t. 1, p. 444; MERLIN, *Rép.*, v° *Société*, sect. 6, § 3, n° 1, et BOITARD, t. 1, p. 293 et suivantes.

Ce dernier auteur, pour confirmer son opinion, compare la rédaction du projet de l'art. 69, § 6, avec celle de l'article définitif. Le projet était ainsi conçu : « *Les associés et intéressés dans une société de commerce seront assignés* « *dans leur maison sociale*, etc. » Sur la demande du tribunat, il fut ainsi modifié : « *Les sociétés de commerce seront assignées*, etc. »

La loi, disait en effet le tribunat, ne peut avoir en vue que les assignations à donner à une société considérée comme être moral et collectif.

Il s'agit donc, conclut victorieusement M. BOITARD, d'une société assignée sous la raison sociale, et non pas sous le nom personnel de chacun des individus qui la composent.]]

[[**307** bis. *A qui doivent être adressés les exploits lorsque le défendeur est un incapable, ou lorsque d'incapable il devient capable?*

Ils doivent l'être, soit au représentant de l'incapable, si celui-ci l'est d'une manière absolue, comme le mineur non émancipé, l'interdit, soit conjointement à l'incapable et à celui qui l'assiste, s'il ne s'agit que d'une incapacité relative, comme du mineur émancipé, du prodigue, de la femme mariée. C'est d'après ce principe qu'un arrêt de la Cour de cassation du 26 juin 1809 (*J. Av.*, t. 13, p. 132), approuvé de MM. FAVARD DE LANGLADE, t. 1, p. 137, et MERLIN, *Rép.*, v° *Institution d'héritier*, sect. 1, n° 8, a jugé que le mineur en curatelle doit être assigné en son nom personnel, et non en celui de son curateur, qui doit recevoir de son côté une assignation personnelle; en sorte que celle qui serait donnée au mineur seul, soit qu'il fût, soit qu'il ne fût pas pourvu d'un curateur, serait nulle; Montpellier, 31 mars 1813 (*J. Av*, t. 13, p. 206), et Bruxelles, 13 avril 1808 (*J. Av.*, t. 8, p. 527). Encore moins pourrait-elle être dirigée uniquement contre le procureur fondé du curateur d'un militaire absent; Rennes, 17 juillet 1819 (*J. Av.*, t. 13, p. 269).

Mais s'il survient un changement d'état, dans la personne du défendeur, durant le cours de l'instance, quelles seront les conditions de validité des significations postérieures?

Si le défendeur de capable devient incapable, les jugements qui prononcent son interdiction, soit partielle, soit totale, acquièrent, par les précautions de la loi, assez de publicité pour que le demandeur ne puisse en prétexter cause d'ignorance; si donc il n'y a pas égard, ses significations seront nulles?

Supposons, au contraire, que d'incapable, le défendeur devienne capable.

Alors, il doit notifier son changement d'état pour mettre son adversaire en demeure de lui adresser personnellement les notifications; Cass., 23 fructidor an III (*J. Av.*, t. 13, p. 28), et Pau, 5 juin 1824 (*J. Av.*, t. 27, p. 87). Faute de prendre ces précautions, le mineur devenu majeur ne peut se plaindre que les significations aient continué à être faites à son tuteur; Besançon, 9 mars 1827 (*Journ.* de cette Cour 1827, p. 66).

Ceci ne s'applique néanmoins qu'aux significations qui sont la suite d'une instance commencée avant le changement d'état. Mais si une nouvelle instance prenait naissance depuis ce changement, par exemple un appel, un pourvoi en cassation, c'est alors au demandeur à s'assurer de la qualité de ceux qu'il actionne : il ne doit pas compter sur celle qu'ils avaient antérieurement; Nîmes, 5 mai 1812 (*J. Av.*, t. 3, p. 369); Rennes, 25 mai 1819 (*J. Av.*, t. 13, p. 266); Cass., 29 novembre 1836 (*J. Av.*, t. 52, p. 242), et Bruxelles, 3 mai 1828 (*Journ.* de cette Cour, t. 2 de 1828, p. 18).

Les Cours de Lyon et de Paris nous paraissent avoir été trop loin en vali-

dant des exploits d'appel adressés au tuteur, quoique les pupilles fussent devenus majeurs : la première, le 17 avril 1822 (*J. Av.*, t. 24, p. 105), sur le motif qu'ils étaient qualifiés de mineurs dans les qualités du jugement; la seconde, le 15 novembre 1828 (*J. Av.*, t. 36, p. 215), parce que le tuteur avait constitué avoué devant la Cour, et continué à agir pour ses créanciers pupilles.

Ce dernier motif est surtout insoutenable, de cela qu'un tiers réponde pour moi à une action, s'ensuivra-t-il que les jugements rendus avec lui me soient opposables?

Quant à la femme mariée, quoiqu'elle ne puisse, en principe général, ester en justice sans l'assistance ou l'autorisation de son mari, il ne s'ensuit pas que celui-ci doive être intimé avec elle sur l'appel par un seul et même acte: il suffit qu'il le soit par un acte subsequent mais non posterieur à l'expiration du délai d'appel, malgré un arrêt de Paris, 13 aout 1823 (*J. Av.* t. 25, p. 307; *Voy.* notre *Quest.* 1646 *ter*). Il est même tout à fait inutile de l'assigner lorsqu'au lieu de procéder lui-même en première instance, il s'était contenté de donner, devant le bureau de paix, une autorisation spéciale à sa femme pour suivre le procès. L'effet de cette autorisation se proroge à tous les degrés de l'instance ; Montpellier, 1er mars 1825 (*J. Av.*, t. 28, p. 111): ce qui n'a pas lieu lorsque l'autorisation est simplement tacite, comme dérivant de l'assistance du mari en cause.

Au reste, le défaut de signification au mari, quand ce dernier ne figure pas dans les qualités de l'instance, n'est pas pour la femme un moyen de nullité contre un acte d'appel, surtout si elle s'est déclarée autorisée par son mari, et a conclu à la confirmation de la sentence; Besançon, 13 juillet 1808 (*J. Av.*, t. 3, p. 181).]] **Supp. alph.**, v° *Ajourn.*, n. 246 et 247.

308. *De ce que l'art.* 61 *exige que l'huissier indique la demeure du défendeur s'ensuit-il qu'il y aurait nullité de l'exploit qui, au lieu du mot* demeure, *contiendrait le mot* domicile?

Cette différence dans les expressions de la loi, qui exige l'indication du domicile à l'égard du demandeur, et celle de la demeure à l'égard du défendeur, viendrait à l'appui de la décision portée en l'arrêt de la Cour de Gênes, cité sur la 300e *Quest.*

On dirait, en conséquence, que la loi, en exigeant que l'on indique le domicile du demandeur, et seulement la demeure du défendeur, consacre les distinctions qui résultent de l'art. 102 du Code civil entre le domicile et la demeure; que conséquemment l'exploit qui indique la demeure, et non le domicile du premier, est nul; et, par la même raison, on prétendrait que l'exploit qui indiquerait le domicile, au lieu de la demeure du défendeur, serait également nul.

Nous avons vu agiter en conférence cette dispute de mots; déjà nous nous sommes expliqué au sujet du demandeur, en disant qu'au moins nous ne pensions pas que la nullité pût être prononcée, lorsqu'il ne serait pas prouvé qu'il eût son domicile dans un lieu autre que celui où il aurait sa demeure indiquée.

Nous dirons la même chose par rapport au défendeur; il faudrait au moins qu'il fût prouvé qu'il aurait le domicile indiqué dans un autre lieu que celui où il habiterait.

Mais n'est-ce pas déjà trop accorder au rigorisme des formalités? Et si l'on ne trouve aucune raison d'utilité qui ait pu porter le législateur à exiger dans un cas l'indication du *domicile*, dans l'autre celle de la *demeure*, ne doit-on pas conclure, comme l'a décidé la Cour royale de Rennes, qu'il s'est servi de ces expressions dans la signification que leur a donnée l'usage, suivant le-

quel on les emploie comme synonymes pour indiquer le lieu où la personne se tient habituellement? (Arrêt du 22 juillet 1814, *Journ.*, t. 4, p. 288, et *J. Av.*, t. 13, p. 118). Cette décision est une conséquence de celle que nous avons donnée *suprà*, sur la 300e *Question* (1).

[[La Cour de Bruxelles a rendu, le 21 novembre 1829 (*Journ.* de cette Cour t. 1 de 1830, p. 205), une décision semblable à celle de la Cour de Rennes, et nous l'approuvons. (*V.* nos observations sur la *Quest.* 300.)

Au reste, il n'y a pas nullité d'un exploit qui ne mentionne pas textuellement la demeure du défendeur, ou qui la mentionne inexactement, si les autres énonciations de l'acte suffisent pour réparer cette erreur; Besançon, 21 mai 1810 (*J. Av.*, t. 13, p. 147); Poitiers, 15 mars 1825 (*J. Av.*, t. 28, p. 116); Cass., 2 juillet 1821 (*J. Av.*, t. 23, p. 235), et 23 novembre 1836 (*J. Av.*, t. 53, p. 626).

Par exemple, si l'exploit indique la qualité du défendeur, et que, de cette qualité, puisse nécessairement résulter la notion de son domicile. Liege, 12 juin 1812 (*J. Av.*, t. 19, p. 313).

Si, n'ayant trouvé personne à la demeure de l'assigné qu'il n'a pas indiquée, l'huissier déclare avoir remis la copie au maire du lieu qu'il désigne; Metz, 27 février 1822 (*J. Av.*, t. 24, p. 59).

Si l'exploit donné par un huissier de *Paris* se borne à dire que le défendeur demeure hors *la barrière d'Enfer*, parce qu'il en résulte nécessairement qu'il demeure à Paris; Cass., 3 mai 1830 (*J. Av.*, t. 39, p. 42.)

S'il désigne le nom de la paroisse plutôt que celui de la commune; Orléans, 16 mai 1813 (*J. Av.*, t. 13, p. 230).

Mais on sent que, sous l'ancienne législation municipale, la qualité de maire d'une commune n'emportant ni domicile ni résidence dans cette commune, son énonciation n'aurait pas validé l'exploit qui n'eût pas mieux désigné la demeure de celui auquel il était signifié; Cass., 21 février 1826 (*J. Av.*, t. 31, p. 22), et Poitiers, 18 juin 1830 (*J. Av.*, t. 39, p. 190); on devrait aujourd'hui décider le contraire, parce que, d'après l'art. 4 de la loi du 21 mars 1831, le maire a nécessairement son domicile réel dans la commune.

Le 6 août 1829 (*J. Av.*, t. 37, p. 293), la Cour de Lyon a annulé un exploit qui énonçait le domicile de l'assigné dans un tel lieu, et qui lui était signifié dans un autre lieu qualifié aussi de domicile.

L'indication d'un double domicile ne nous paraîtrait pas une cause de nullité d'exploit, si l'un des deux domiciles indiqués était véritablement celui de l'assigné, et que l'exploit fût notifié à celui-là. Car alors l'acte satisferait aux deux conditions de la loi, puisque, d'un côté, il désignerait le domicile du défendeur, et que, de l'autre, il y serait remis. Mais la prétendue incertitude que la designation de deux domiciles jetterait sur le véritable, ne peut pas annuler l'exploit, lorsqu'elle n'en jette aucune sur la personne assignée; dans ce cas, c'est à celle-ci à prouver qu'elle n'a pas été assignée à son vrai domicile.]] **Supp. alph.**, v° *Ajournem.*, n. 250 et suiv.

[[**308** bis. *L'indication de la demeure du défendeur est-elle indispensable, alors même que l'exploit est signifié à domicile élu, ou à la personne même de l'assigné?*

On pourrait croire que l'indication de la demeure du défendeur a principa-

---

(1) Ici reviennent en partie les solutions données sur la première disposition de l'article 61, relativement à l'indication des noms et du domicile du demandeur.

lement pour objet d'assurer l'exécution de l'art. 68 qui veut que l'exploit soit remis à personne ou domicile, et en conclure que, dans l'espèce de la question, y ayant dérogation conventionnelle à cette disposition, la formalité qui en était en quelque sorte la sanction, ne doit plus être exigée, et c'est sans doute le motif qui a déterminé la Cour de Caen à le juger ainsi le 9 décembre 1825 (*J.* de Rouen et Caen, p. 155), comme l'avait déjà fait, le 14 février 1817 (*J. Av.*, t. 3, p. 214, 8e espèce), la Cour de Bordeaux, et le 12 février 1817 (*J. Av.*, t. 13, p. 246) la Cour de cassation elle-même.

Mais on changera bientôt d'avis, si l'on remarque que cette mention peut être souvent nécessaire pour assurer le renvoi de l'acte à la personne assignée, dont la demeure réelle peut n'être pas connue de celui chez lequel l'élection de domicile a été faite, et qu'elle est toujours utile pour prévenir l'incertitude sur la personne assignée. Aussi des décisions contraires à celles de la Cour de Caen ont-elles été rendues par les cours de Bruxelles, le 14 juillet 1807 (*J. Av.*, t. 13, p. 97); de Rennes, le 15 mars 1821 (*J. Av.*, t. 19, p. 231); de Turin, le 11 mai 1811 (*J. Av.*, t. 3, p. 319), et de Bourges, le 3 mars 1827 (*Journ.* de cette Cour, p. 243).

Toutefois, ces dernières considérations disparaissant, lorsque l'acte d'appel est notifié à la personne même de l'intimé, et la première conservant seule sa valeur, nous croyons que, dans un pareil cas, la Cour de Bruxelles a bien fait de déclarer inutile la mention du domicile réel, 24 janvier 1821 (*J. Av.* t. 13, p. 282).

Au reste, si l'intimé, dans la signification du jugement par lui obtenu, a indiqué inexactement son domicile réel, il sera irrecevable à se plaindre que la même inexactitude ait été commise dans l'acte d'appel qui lui a été signifié à domicile élu; Poitiers, 25 février 1834 (*J. Av.*, t. 47, p. 578).]] **Supp. alph.**, a. 253 et suiv.

[[**308** ter. *La mention de la remise de la copie est-elle rigoureusement exigée?*

Oui, sous peine de nullité, comme toutes celles dont l'art. 61 prescrit l'observation. Aussi, ont été déclarés nuls, soit un exploit ordinaire, soit un acte d'appel, dans lesquels le *parlant à* n'avait pas été rempli; Paris, 22 septembre 1809; Bruxelles, 11 novembre 1811 (*J. Av.*, t. 13, p. 142); Orléans, 12 décembre 1816 (*J. Av.*, t. 21, p. 275); Grenoble, 12 janvier 1829 (*J. Av.*, t. 38, p. 118); Bordeaux, 12 août 1831 (*Journ.* de cette Cour, 1831, p. 452), et Paris, 22 août 1838 (*J. P.*, t. 2 de 1838, p. 147); on ne souffre même pas qu'il soit rempli au crayon; Colmar, 25 avril 1807; Grenoble, 7 août 1822 (*J. Av.*, t. 13, p. 92), et M. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 178, approuve cette rigueur, que, selon nous, on aurait peine à justifier. L'écriture au crayon n'offre point, dit-on, la même indélébilité que les caractères à l'encre, et l'on pourrait aisément la faire disparaître. Eh bien! qu'on annulle l'exploit, si elle a réellement disparu, si, en un mot, le *parlant à* n'offre point d'indication claire et certaine; mais si l'écriture au crayon subsiste, et qu'elle soit attestée par la signature de l'huissier, la loi nous semble satisfaite.

La mention de la personne à qui l'exploit est remis peut quelquefois, mais rarement, être suppléée par des équipollents. Ainsi, lorsque l'huissier déclare avoir *laissé* la copie à une telle personne, c'est comme s'il disait la lui avoir *remise*, la loi n'exigeant pas une remise matérielle et manuelle, et son vœu étant rempli, pourvu qu'on dépose la copie à la vue et connaissance de la personne à qui l'on s'adresse; Gênes, 2 juillet 1810 (*J. Av.*, t. 13, p. 154). C'est l'avis de M. FAVARD DE LANGLADE, t. 1, p. 138.

Ainsi encore, l'exploit donné à une commune ne serait pas nul, quoique le *parlant à* restât en blanc, si le visa du maire, apposé sur l'original, constatait que c'est lui qui a reçu la copie; Cass. 25 janvier 1837 (*J. Av.*, t. 53, p. 473).

On sent qu'à plus forte raison l'exploit ne sera pas nul, parce que l'huissier aura répété sur chaque copie le *parlant à* de toutes les parties assignées, s'il n'a pas omis celui de la partie à qui chaque copie était destinée; Cass., 11 novembre 1823 (*J. Av.*, t. 25, p. 347). *Quod abundat non vitiat.*

Mais la mention dans un acte d'appel qu'il a été *signifié* n'équivaut pas à celle qu'il en a été *laissé copie*, et l'acte est nul, s'il porte seulement qu'il a été signifié: Dijon, 12 déc. 1829 (*J. Av.*, t. 40, p. 185).]] **Supp. alph.**, v° *Exploit*, n. 15' et suiv.

§ 6. — *Mention relative à la remise de la copie* (1).

309. *Si la personne trouvée au domicile de l'assigné refusait de donner à l'huissier les renseignements qui lui sont nécessaires pour faire la mention des rapports qu'elle aurait avec celui-ci, cet officier ministériel pourrait-il suppléer à cette mention par celle de l'interpellation qu'il lui aurait faite, et de sa réponse?*

Suivant M. LEPAGE, *Quest.*, p. 110, le cas où se trouverait alors l'huissier est le même que celui où il ne rencontrerait au domicile personne qu'il pût charger de l'exploit; il devrait alors le remettre à un voisin; et s'il n'en trouvait pas qui voulût ou qui pût signer l'original, il faudrait qu'il s'adressât au maire ou à l'adjoint de la commune.

Ainsi, cet auteur, par cela même qu'il pense qu'on ne peut laisser la copie de l'exploit à une personne qui refuse de se nommer, estime que la mention de l'interpellation qui lui aurait été faite ne remplirait point le vœu de l'art. 61.

Mais les auteurs du *Praticien*, t. 1, p. 304, disent, au contraire, que si la personne qui se trouve au domicile ne veut décliner ni son nom ni sa qualité, quoique formellement interpellée, l'huissier doit en faire mention.

Alors, ajoutent-ils, p. 314, on qualifie cette personne par son sexe, et même, s'il est possible, par son état apparent, afin de justifier plus parfaitement la remise de la copie.

On pourrait, sans doute, appuyer cette opinion d'un arrêt de la Cour de cassation du 24 ventôse an XI (*J. Av.*, t. 13, p. 42), qui décide que l'huissier doit au moins faire mention de l'*interpellation qu'il aurait faite*, *de la réponse et du refus.*

Mais il faudrait supposer, en ce cas, que l'huissier pût remettre la copie à une personne qui refuserait de lui donner des renseignements nécessaires pour faire la mention exigée par l'art. 61. Or, nous avons dit que cette mention se rapportait essentiellement à l'exécution de l'art. 68, qui veut que la copie ne soit laissée au domicile qu'autant que l'on y rencontre un *parent* ou un *serviteur.*

Nous demanderons maintenant si l'huissier qui se contenterait de faire mention du refus que ferait la personne trouvée à domicile, de déclarer sa qualité, fournirait l'assurance qu'il se fût conformé à cet article? Non, sans contredit; car il n'aurait reçu lui-même aucune certitude que la personne fût *parente* ou *serviteur.*

Il faut donc, dans cette circonstance, que l'huissier s'adresse au voisin, ou à son défaut au maire; et conséquemment, la mention qu'il ferait d'avoir

---

(1) Nous traiterons, sur l'art. 68, les questions relatives aux personnes à qui la copie peut être remise, et à la manière dont la mention doit en être faite pour qu'elle remplisse le but de l'art. 68.

laissé la copie a un individu qui aurait refusé, soit de se nommer, soit de déclarer la qualité d'où résulteraient ses rapports avec l'assigné, ne serait pas suffisante, et l'exploit serait déclaré nul, parce qu'il n'offrirait pas la preuve que la copie eût été remise à une personne ayant qualité pour la recevoir.

[[Nous croyons que le moyen enseigné par M. Carré est, en effet, le seul qui, dans cette circonstance, remplisse suffisamment le vœu de l'art. 68. M. FAVARD DE LANGLADE, t. 1, p. 138, n° 4, exprime la même opinion, et n'hésite pas à déclarer que l'exploit serait nul, si l'huissier se bornait à faire mention de l'interpellation ou du refus de se faire connaître de la part de la personne qui aurait reçu la copie.

Cette doctrine s'appuie des arrêts de la Cour de cassation du 25 brumaire an X, et du 20 juin 1808; de Paris des 13 juin 1807, 24 juillet et 25 novembre 1812, et de Grenoble du 29 frimaire an XII (*J. Av.*, t. 13, p. 41 et 43).]]

310. *Dans quelle partie de l'exploit doit-on mentionner les noms ou qualités de la personne à qui la copie en est laissée, et devrait-on l'annuler, si cette mention ne se trouvait pas directement à la suite du* PARLANT A *?*

Il importe peu de placer le *parlant à* au commencement ou à la fin de l'exploit; l'essentiel est de ne le pas omettre. Mais comme il arrive souvent que l'exploit est remis à l'huissier, soit par la partie, soit par son avoué, écrit de la main de l'un ou de l'autre, à l'exception de l'immatricule; comme l'on y insère ces mots *parlant à*, en laissant un blanc qui reste à remplir par cet officier ministériel, il doit faire attention à écrire directement à la suite de ces mots, et non en toute autre partie de l'acte, les noms ou les qualités de la personne à laquelle il laisse la copie; autrement, son exploit serait déclaré nul, ainsi qu'il est arrivé dans une espèce où le nom de la personne qui avait reçu la copie avait été intercalé dans le corps de l'acte, deux lignes plus haut que celles où se trouvaient les mots en *parlant à* (1).

[[C'est-à-dire de manière à n'offrir aucun sens. Nous pensons néanmoins que la Cour aurait pu, interprétant les mots dont s'agit, et attribuant leur position irrégulière à une erreur, y trouver une désignation suffisante de la personne qui aurait reçu la copie. C'était une question de fait et d'appréciation.]]

311. *Si l'huissier n'a pas fait mention qu'il a laissé la copie, peut-on être reçu à prouver qu'il l'ait laissée?*

Non, car ce fait doit être prouvé par l'exploit même; d'ailleurs, la preuve serait inutile, puisque, d'après l'art. 61, le seul défaut de cette mention rend l'exploit nul. (*V.* RODIER, sur l'art. 3 du tit. 2 de l'ordonnance, 2e *Quest.*)

Add. — Nous insistons sur le principe d'après lequel nous avons résolu cette question; il est général, et s'applique à toutes les formalités prescrites pour la validité de l'exploit d'ajournement. L'accomplissement doit en être prouvé

---

(1) La Cour de Bruxelles déclara, dans cette espèce, par arrêt du 26 juin 1807, (V. *S.*, t. 8, 2e part., p. 48, et *J. Av.*, t. 13, p. 98), que la copie de l'exploit ne contenait pas la mention de la personne à qui elle avait été laissée, et l'annula, attendu que les formes exigées par la loi pour ces sortes d'actes sont de rigueur, et qu'il ne pouvait être suppléé à la mention de la personne par l'intercalation de ces mots *sa servante Catherine Wanloo*, faite deux lignes au-dessus du *parlant à*.

[Pour compléter la jurisprudence sur cette question, *V.* l'arrêt du 25 janv. 1837 (*J. Av.*, t. 53, p. 473), cité sous la *Quest.* 308 *ter*.]

par l'acte lui-même; c'est, comme le dit M. Boncenne, l'accomplissement de la maxime *non esse et non apparere sunt unum et idem.* **Carr.**

[[Cette solution ne peut être contestée. (*V.* la *Quest.* 327 *bis.*)]]

[[**311** bis. *L'huissier est-il tenu de mentionner, sur l'original de l'exploit, la réponse de celui à qui il remet la copie? S'il mentionne cette réponse, fait-elle foi jusqu'à inscription de faux?*

Nous croyons qu'aucune loi ne lui en fait une obligation. Cette voie peut être utile pour parvenir à une conciliation, ou à une issue quelconque de l'affaire. Mais l'huissier n'a pas d'autre mandat que celui de signifier son exploit : il peut donc se dispenser de recevoir la réponse.

Au moins est-il bien certain que l'omission de cette réponse ne pourrait jamais être une cause de nullité de l'exploit; car la partie, au nom de laquelle il est fait, ne doit souffrir des irrégularités commises par son huissier qu'autant qu'elles ont rapport au mandat dont elle l'avait chargé. Les réquisitions que peut avoir à faire l'assigné lui sont étrangères, et celui-ci peut prendre à son tour la voie d'une signification pour faire connaître les protestations et réponses que l'huissier instrumentant n'aurait pas voulu recueillir de sa bouche. Aussi, la Cour de Paris a-t-elle refusé, le 25 mars 1810 (*J. Av.*, t. 13, p. 147), de prononcer une nullité demandée pour cette cause.

Sa décision est d'autant plus conforme à l'esprit de la loi, que les procès-verbaux du conseil d'État nous apprennent que le projet de l'art. 6 était d'abord ainsi rédigé : « Les noms et demeure du défendeur, et ses *réponses.* » Et qu'on jugea convenable de retrancher ces derniers mots. (*V.* LOCRÉ, t. 21, p. 256, n° 19.)

Notre doctrine est enseignée par M. BONCENNE, t. 2, p. 243.

Au surplus, l'on sent bien que la réponse du défendeur, si elle était mentionnée dans l'exploit, ne pourrait faire foi contre lui jusqu'à inscription de faux, ni créer à son préjudice des obligations quelconques. L'huissier ne reçoit pas mission de la loi pour constater les dires et les engagements des parties. La signature de celui à qui on attribue la réponse pourrait, seule, lui donner de l'authenticité. On dirait vainement que, l'huissier étant un officier public, ses rapports doivent être crus. La créance légale n'est due aux officiers publics que lorsqu'ils se renferment dans l'exercice légal de leurs fonctions; en toute autre matière, leur attestation n'a pas plus d'autorité que celle d'un simple particulier. Or, l'huissier n'a pas d'autre mandat que de transmettre au défendeur les notifications dont le demandeur l'a chargé.

La doctrine contraire a été néanmoins consacrée par la Cour de Bruxelles, le 29 janvier 1825 (*Journ.* de cette Cour, t. 2 de 1825, p. 95).]] **Supp. alph.**, v° *Exploit*, n. 157 et 158.

§ 7. — *Mention de l'objet et des moyens de la demande.*

312. *Si l'objet de la demande et l'exposé sommaire des moyens se trouvaient dans le procès-verbal de non-conciliation, dont copie serait donnée en tête de l'exploit, y aurait-il nullité de cet exploit, qui ne répéterait pas cet objet et cet exposé?*

Nous ne le pensons pas. Le procès-verbal formerait alors le libellé. A quoi bon répéter ce qui a été déjà suffisamment exposé? La loi, qui tend à économiser les frais, autorise par son esprit à ne pas faire d'inutiles répétitions.

[[Cette décision, qui est une nouvelle et juste application du système des équipollents (*V.* nos *Quest.* 302 *bis* et 305), est adoptée par MM. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 182; THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 159; BONCENNE, t. 2, p. 153, et BOITARD,

t. 1, p. 248 elle a été consacrée par deux arrêts *in terminis*, rendus par les Cours de Poitiers, le 12 mai 1819 (*J. Av.*, t. 13, p. 265), et de Toulouse, le 9 février 1828 (*J. Av.*, t. 34, p. 157). La Cour de Nîmes a aussi décidé, le 23 avril 1812 (*J. Av.*, t. 13, p. 187), que l'exploit d'ajournement indique suffisamment l'objet de la demande, lorsqu'il conclut aux fins d'une requête dont copie est donnée en tête. Enfin on trouve deux décisions analogues de la Cour de cassation sous la date des 20 octobre 1826 (*J. Av.*, t. 32, p. 232), et 20 février 1830 (*J. Av.*, t. 39, p. 37).

La Cour de Limoges a été encore plus loin, en décidant, le 5 juillet 1816 (*J. Av.*, t. 13, p. 237), qu'on est dispensé de motiver une demande lorsque l'objet en a été précédemment débattu devant l'autorité administrative. Cette doctrine, qui tend à faire dépendre les actes d'une instance de ce qui peut avoir eu lieu dans une autre instance et devant une autre juridiction, nous paraît s'écarter complétement de l'esprit de la loi. Tant que les éléments à l'aide desquels on veut suppléer les énonciations qui ne se trouvent pas assez précisément indiquées dans un acte, sont empruntés à ce qui peut être regardé comme partie de ce même acte, à ce qui marche, à ce qui fait corps avec lui, nous en reconnaissons la valeur, par ce qu'on peut dire alors qu'ils sont véritablement dans l'acte lui-même. Mais hors de là, et si le défendeur a besoin, pour connaître soit l'objet, soit les moyens de la demande, de se reporter à des faits étrangers, non-seulement à l'exploit qui devrait les lui faire connaître, mais encore à l'instance dont il est l'introduction, on ne peut pas dire et soutenir avec fondement que cet exploit soit conforme aux prescriptions de l'art. 61.

La question de savoir si tel ou tel exploit est suffisamment libellé, est une question d'appréciation qui ne peut être résolue en thèse. La Cour de cassation a néanmoins posé comme principe, le 27 juin 1831 (*J. Av.*, t. 41, p. 634), que les juges doivent annuler l'ajournement dont les conclusions sont si obscures qu'ils ne peuvent connaître l'objet de la demande.

Il a été jugé au surplus, dans diverses espèces, qu'il y a libellé suffisant :

1° Lorsque s'agissant d'une demande en rescision de partage, l'exploit porte qu'elle est fondée sur le dol et sur une lésion de plus du quart ; Bruxelles, 3 février 1812 (*J. Av.*, t. 12, p. 391, et *J. P.*, 3e édit., t. 10, p. 92).

2° Lorsque l'exploit porte que l'objet de la demande est de faire déclarer nulles les offres comme insuffisantes dans une partie et excédantes dans une autre ; Poitiers, 14 juillet 1819 (*J. Av.*, t. 17, p. 70).

3° Lorsque pour réclamer d'un colon les arrérages d'une rente convenancière, on énonce la demande et l'on désigne la rente ; Rennes, 31 juillet 1810 (*J. Av.*, t. 13, p. 155).

Mais au contraire, n'est pas suffisamment libellée l'assignation donnée aux fins de plaider la cause sur la compétence d'un tribunal, sans rapporter les moyens et conclusions du fond ; Cass., 27 fructidor an 11 (*J. Av.*, t. 13, p. 68).

Sous l'ancienne jurisprudence, l'assignation non libellée n'était pas nulle, pourvu que l'objet de la demande fût suffisamment indiqué ; Grenoble, 20 février 1830 (*Journ.* de cette Cour, t. 5, p. 172), et il en est de même sous le Cod. de procéd. civ., lorsqu'il s'agit d'une demande en partage ; Besançon, 21 juin 1809 (*J. Av.*, t. 13, p. 131).]] **Supp. alph.**, v° *Ajournement*, n. 256 et suiv.

§ 8. — *Mention du tribunal compétent.*

313. *Un exploit serait-il nul, s'il citait à comparaître devant le tribunal de telle ville, sans indiquer si ce tribunal est un tribunal de première instance ou un tribunal de commerce ?*

On a prétendu que l'exploit était nul pour défaut d'indication suffisante du

tribunal, attendu qu'il existait, dans la ville indiquée comme lieu du siége de ce tribunal, un tribunal de première instance et un tribunal de commerce. Nous penserions que l'exploit serait valable, parce que les parties ne peuvent ignorer les lois régulatrices de la compétence, et que l'objet de la demande étant indiqué, il en résulterait que le défendeur devait savoir qu'il était appelé devant le tribunal civil, puisque le tribunal de commerce n'eût été compétent, ni sous le rapport de la qualité des personnes, ni sous le rapport de l'objet de la demande.

[[Telle est aussi, et avec raison, l'opinion de M. FAVARD DE LANGLADE, t. 1, p. 139, n° 9. Le tribunal de commerce n'étant qu'un tribunal d'exception, la présomption serait toujours pour le tribunal civil d'arrondissement. *V.* la question suivante.]]

Add. 313 bis. *Y aurait-il nullité dans l'ajournement qui n'indiquerait pas absolument le tribunal devant lequel le défendeur serait appelé, ou qui indiquerait un autre tribunal que celui auquel appartiendrait légalement la connaissance de l'affaire?*

De ce que nous avons dit sur la *Quest.* 313 qu'il n'y avait pas nullité de l'exploit qui n'indiquerait pas si le tribunal devant lequel le défendeur est assigné, est d'arrondissement ou de commerce, on pourrait conclure qu'un exploit qui n'indiquerait aucun tribunal ou qui en indiquerait un autre que celui qui serait seul compétent, aux termes de la loi, ou qui, en termes généraux, indiquerait le tribunal compétent, sans le déterminer, ne serait pas nul. En effet, nous avons décidé la question précédente par le motif que les lois de la compétence étant censées connues des deux parties, la nature de la demande et les qualités de celle-ci ne permettent pas au défendeur de douter qu'il soit assigné devant le tribunal auquel la loi attribue la connaissance de l'affaire, suivant la nature et l'objet de l'action.

Décider ainsi, ce serait donner trop d'extension au principe dont nous avons argumenté sur la *Quest.* 313. S'il est facile au défendeur qui connaît sa qualité, qui sait pour quel objet il est assigné, de reconnaître qu'il ne peut l'être que devant un tribunal civil ou un tribunal de commerce, il ne l'est pas également d'acquérir en d'autres cas la conviction que l'assignation est donnée devant tel ou tel tribunal. D'ailleurs, lorsque l'assignation est donnée devant le tribunal d'une ville sans désignation du tribunal civil ou du tribunal de commerce qui y sont établis, la présomption légale est pour le premier. En toute autre hypothèse, nous admettons la nullité de l'exploit, à moins, toutefois qu'il n'existe quelques énonciations propres à lever les doutes comme dans les espèces des arrêts de Besançon du 29 novembre 1827, et de Metz du 15 juin 1824 (*J. Av.*, t. 34, p. 171, et t. 28, p. 158). **Carr.**

[[L'adage d'après lequel *nul n'est censé ignorer la loi*, est ici sans application. La loi elle-même y déroge formellement : elle suppose que le défendeur n'a pas cette connaissance, puisqu'elle exige impérieusement que l'exploit indique le tribunal qui doit connaître de la demande. D'ailleurs ne résulte-t-il pas clairement de ses termes, qu'elle veut que tous les renseignements qui concernent l'action soient fournis par l'exploit? Cela d'ailleurs n'est pas juste? Et peut-on raisonnablement dispenser celui qui en appelle un autre en justice de lui indiquer, de manière à lever tous ses doutes, devant quelle juridiction il veut le faire comparaître?

D'un autre côté, il est plusieurs cas où le tribunal compétent est multiple; le choix appartient alors au demandeur. S'il ne le fait pas, où se présentera le défendeur?

Enfin, les règles de la compétence sont quelquefois difficiles à appliquer. Si

quelqu'un doit subir la chance de cette incertitude, est-il juste que ce soit l'assigné? Est-ce à lui à demander à la loi obscure l'explication d'un exploit qui devrait lui arriver purgé de toute difficulté ? Ne serait-il pas trop commode pour le demandeur de se soustraire ainsi aux nullités qu'entraînerait la violation des règles de compétence, au moyen d'une formule qui, par la généralité de ses termes, ne le lierait en aucune façon, et qui pourtant serait de nature à lier son adversaire?

Aussi l'affirmative de la question a-t-elle été adoptée par la Cour de Rennes, le 17 février 1809 (*J. Av.*, t. 13, p. 129). MM. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 182; BONCENNE, t. 2, p. 155, et BOITARD, t. 1, p. 249, se prononcent dans le même sens. M. DALLOZ, t. 7, p. 757, nº 1, émet seul, mais avec beaucoup d'hésitation, une opinion opposée.

Il est certain, du reste, qu'il n'y a pas de termes sacramentels pour l'énonciation du tribunal compétent et que les équipollents sont reçus ici comme pour les autres parties de l'exploit. Aux arrêts cités par M. Carré, pour appuyer cette vérité, on peut en ajouter un, rendu par la Cour de Rennes, le 26 avril 1810 (*J. Av.*, t. 12, p. 474), qui décide que l'acte d'appel n'est pas nul parce que l'assignation aurait été donnée au tribunal d'appel, au lieu de l'être à la Cour d'appel.

Et lorsqu'il appartient à la Cour de cassation de désigner la Cour royale qui doit connaître de l'appel, l'acte d'appel est valable quoiqu'il contienne réserve de donner plus tard l'assignation; Bruxelles, 20 avril 1812 (*J. Av.*, t. 13, p. 186).]] **Supp. alph.**, vº *Ajournem.*, n. 262 et 263.

314. *Un exploit qui n'indiquerait pas le local où le tribunal tient ses audiences serait-il nul?*

Nous ne le pensons pas. Dès qu'on a indiqué la ville où siége le tribunal, on a suffisamment rempli le vœu de la quatrième disposition de l'art. 61. L'assigné ne peut plus être réputé ignorer quel est le lieu où ce tribunal tient ses audiences. Au surplus, la loi n'exige que l'indication du tribunal, et celle de l'édifice où il tient ses audiences est tout-à-fait indifférente; ce n'est pas cependant qu'il ne convienne de faire cette dernière indication, et tel est l'usage sagement établi.

[[Cette solution est juste et conforme à celle que donne M. BONCENNE t. 2, p. 156.]]

§ 9. — *Mention du délai.*

[[**314** bis. *L'exploit qui contiendrait assignation* AUX DÉLAIS DE LA LOI, *sans indication plus spéciale, serait-il valable?*

Non, puisque l'art. 61 veut que l'exploit *indique* le délai pour comparaître: ce ne serait pas l'indiquer que de s'exprimer d'une manière aussi vague. Les délais en effet ne sont pas les mêmes pour tous les ajournements, ni devant toutes les juridictions. C'est au demandeur à faire connaître à son adversaire le jour pour lequel il lui donne rendez-vous devant la justice.

Une jurisprudence nombreuse s'élève néanmoins contre cette décision. Elle se compose des arrêts des Cours de Pau, 16 avril 1807 et 16 août 1809; Caen, 5 juin 1807 (*J. Av.*, t. 3, p. 240); Liége, 30 mai 1819 (*J. Av.*, t. 13, p. 182, 5e espèce); Poitiers, 18 juin 1830 (*J. Av.*, t. 39, p. 190); Colmar, 25 juillet 1835 (*J. Av.*, t. 50, p. 107), et de la Cour de cassation, 21 novembre 1810, 8 janvier et 18 mars 1811, 6 mai et 24 juin 1812, 27 avril 1813, 20 avril 1814 (*J. Av.*, t. 3, p. 240. et t. 13, p. 181), et s'appuie de l'assentiment de MM. FAVARD DE LAN-

GLADE, t. 1, p. 140; DALLOZ, t. 7, p. 757, n° 2, et THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 159 et 160.

Le premier de ces auteurs pense toutefois qu'il est toujours prudent et utile d'indiquer le délai d'une manière formelle, et semble, comme M. Carré, *infrà*, à la note de la *Quest.* 320, ne céder qu'à l'autorité des arrêts (1).

Quant à nous, cette autorité nous semble suffisamment balancée par la savante dissertation dans laquelle M. BONCENNE, t. 2, p. 173 et suiv., a démontré la négative de la question avec une force de logique et une abondance de raisons peu commune. Nous renvoyons le lecteur à cette dissertation insérée au *J. Av.*, t. 37, p. 257, et que nous ne pourrions qu'affaiblir en l'analysant. Au reste, le système de M. Boncenne n'est pas dénué d'autorités; il a été consacré par la Cour de Besançon, le 12 février 1810 (*J. Av.* t. 13, p. 144); de Colmar, le 31 août 1810 (*J. Av.*, t. 3, p. 242, 2e espèce), et de Turin, le 9 août 1808 (*J. Av.*, t. 3. p. 244, 5e espèce), et adopté par les auteurs du *Praticien français*, t. 3, p. 208, et par MM. BOITARD, t. 1, p. 249, et PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 182.

Ce dernier auteur admet néanmoins la formule *aux délais de la loi*, dans les actes d'appel, à cause de la rédaction de l'art. 456. Mais il nous semble que cette raison n'aurait de poids qu'autant qu'on pourrait voir dans cet article, une formule d'assignation. Or, l'intention de la loi n'a pas été de l'y mettre, puisqu'il reste muet sur toutes les autres formalités.

Ce n'est donc que pour avertir que les délais seraient les mêmes, en matière d'appel et d'ajournement en première instance, qu'on s'est servi de ces mots : *aux délais de la loi.*

On remarquera cependant que nous n'exigeons pas une indication tellement précise qu'elle doive éviter toute espèce de calcul à l'assigné, et que, par exemple, dans le cas où on l'assigne à huitaine franche, augmentée d'un jour pour trois myriamètres, il puisse se plaindre que le nombre des jours d'augmentation n'ait pas été formellement exprimé. Il ne s'agit plus ici pour lui d'interpréter la loi, mais seulement de se demander quelle est la distance qui le sépare du lieu de la comparution. Aussi la Cour de cassation a-t-elle considéré comme valables des exploits ainsi formulés, les 7 janvier et 28 avril 1812 (*J. Av.*, t. 3, p. 357, et t. 13, p. 155); le 23 avril 1833 (*J. Av.*, t. 45, p. 599), et le 25 février 1835 (*J. Av.*, t. 49, p. 451.) *V.* notre *Quest.* 321.

Ce qu'il y a d'important, c'est que le délai soit indiqué d'une manière quelconque ; faute de cette indication, il est nul ; Caen, 27 mars 1813 (*J. Av.*, t. 14, p. 587); Bruxelles, 16 mars 1831 (*J. Av.*, t. 46, p. 240); par exemple, s'il fixe pour terme de la comparution l'échéance des jours qui suivront la notification, Rennes, 30 avril 1813 (*J. Av.*, t. 3, p. 375) : ou s'il assigne, sous l'empire du Cod. proc. civ., à comparaître dans les délais de l'ordonnance; Rennes, 26 avril 1810 (*J. Av.*, t. 12, p. 474). Mais il a été jugé par la Cour d'Orléans, le 2 décembre 1813 (*J. Av.*, t. 13, p. 221), qu'un acte d'appel qui énonce seulement à comparaître après vacations est valable; cette formule indique suffisamment la première audience après les vacances; pareille décision de la Cour de Bordeaux, le 7 août 1829 (*J. Av.*, t. 38, p. 152).

L'indication n'est pas moins essentielle dans un exploit de réassigné, donné

---

(1) [Quoique à la note jurisprudence du § 9, M. Carré eût regardé la jurisprudence comme désormais certaine, il a imprimé dans ses additions un passage ainsi conçu : « Notre savant collègue de Poitiers, M. Boncenne, n'a pas eu la même facilité ; il a de nouveau mûrement examiné et approfondi la difficulté qu'il a remise en question, et, se fondant sur l'esprit et l'autorité du texte, argumentant de diverses dispositions du Code, il a, dans notre opinion, démontré le vice de la jurisprudence qui a prévalu. »]

à la suite d'un jugement de défaut-joint, comme l'a jugé avec raison la Cour de Bruxelles, le 5 janvier 1820.

Toutefois, il n'est jamais nécessaire d'indiquer l'heure de la comparution, Turin, 20 floréal an 11 (*J. Av.*, t. 13, p. 65); l'art. 61 ne l'exige pas, et les heures d'audience sont assez notoirement connues dans les villes où siégent les tribunaux.]] **Supp. alph.**, v° *Ajournem.*, n. 265 et suiv.

315. *Si, d'après la jurisprudence, on décide que les expressions* DÉLAI DE LA LOI *sont suffisantes pour la validité de l'ajournement, cette décision s'appliquerait-elle dans le cas où l'exploit concernerait un défendeur étranger?*

On a dit, pour la négative, que les motifs des décisions dont il s'agit consistant en ce que nul n'est réputé ignorer la loi qui indique le délai de la comparution, ne peuvent s'appliquer à un étranger.

Nous répondons qu'un étranger ne peut être cité devant les tribunaux français que dans les cas prévus par l'art. 14 du Code civil, c'est-à-dire pour l'exécution des obligations par lui contractées en pays étranger avec des Français. Or, l'étranger qui a contracté avec un Français, et qui par là s'est soumis à la juridiction de nos tribunaux, doit être justement présumé avoir connu les dispositions des lois françaises et tous leurs effets, relativement aux actions qui seraient la suite de ses obligations.

[[Notre solution de la *Quest.* 314 *bis*, détermine celle que nous devons adopter *à fortiori* sur la question actuelle.]]

316. *Mais du moins un exploit d'ajournement portant assignation à comparaître* APRÈS LE DÉLAI EXPIRÉ, *serait-il nul?*

La Cour de Rennes s'est prononcée pour l'affirmative, par arrêt du 18 janvier 1811, attendu que le Code de procédure veut, à peine de nullité, que l'exploit d'ajournement contienne l'indication du délai pour comparaître, et que le vœu des art. 61 et 456 de ce Code n'est point rempli par ces seuls mots, *à comparaître après les délais expirés.*

Cet arrêt pourrait paraître difficile à concilier avec ceux qui décident que l'acte d'appel portant assignation à comparaître *dans les délais de la loi* est valable, si l'on ne considérait, premièrement, que l'exploit donné à comparaître *après les délais* n'indique point que ces délais soient ceux donnés par la loi; deuxièmement, qu'en fixant la comparution à l'expiration des délais, on n'en indique point l'époque *comme fixée par la loi*; en sorte que le défendeur ou l'intimé est absolument laissé dans l'incertitude sur le jour auquel elle aura lieu.

[[Les motifs de distinguer donnés par M. Carré ont fait consacrer sa décision par la Cour de Bordeaux, le 16 novembre 1836 (*J. Av.*, t. 52, p. 298), dans une espèce où la copie de l'exploit contenait seulement assignation à comparaître *dans les délais.* Notre solution de la *Quest.* 314 *bis* fait assez connaître que nous prononcerions la nullité sans distinction.]]

317. QUID *de l'ajournement donné à comparaître à la première audience utile?*

Nous pensons que l'exploit serait sujet à annulation, par les mêmes motifs sur lesquels nous avons fondé la solution de la précédente question.

[[Un arrêt de la Cour de Bordeaux, du 7 août 1829 (*J. Av.*, t. 38, p. 152), sanctionne cette décision, et confirme en même temps notre solution de la *Quest.* 314 *bis.*]]

318. *Ces expressions* DÉLAI DE LA LOI *ne sont-elles suffisantes pour la validité de l'ajournement, que lorsqu'il s'agit d'assigner à comparaître au délai ordinaire de huitaine; en sorte qu'il y aurait nullité de l'exploit, si l'on n'avait pas ajouté à ces expressions génériques celles-ci,* OUTRE UN JOUR PAR TROIS MYRIAMÈTRES, A RAISON DES DISTANCES?

La négative nous paraît une conséquence de ce que l'assignation conçue dans le délai de la loi a été jugée valable, par le motif que le défendeur ne peut ignorer quels sont les délais que la loi lui accorde. En effet, dirait-on, le défendeur sait en même temps, et à quelle distance il se trouve du lieu où siége le tribunal devant lequel il est appelé, et quel est le délai ordinaire que la loi fixe pour sa comparution : donc le vœu de la loi est aussi bien rempli au moyen de ces expressions, *délai de la loi*, soit qu'il y ait, soit qu'il n'y ait pas lieu à l'augmentation à raison des distances; en un mot, il y a dans les deux cas même raison de décider.

[[Et de décider autrement que M. Carré, conformément au principe posé sous la *Quest.* 314 *bis*.]]

319. *Supposons cependant qu'à la place de ces mots* DÉLAI DE LA LOI, *l'assignation, dans un cas où il y aurait lieu à augmenter le délai à raison des distances, serait donnée à comparaître à huitaine franche, l'exploit serait-il nul par défaut d'indication suffisante du délai?*

L'espèce de cette question est bien différente de celle de la précédente, où les mots *délai de la loi* présentent des expressions génériques qui comprennent tout le délai donné pour comparaître.

Au contraire, dans celle que nous venons de poser, le délai est indiqué d'une manière précise; il est limité à huitaine, et l'on ne peut dire que l'exploit contienne véritablement l'indication du délai donné par la loi, puisqu'il y avait lieu à ajouter à cette huitaine. Or, en indiquant un délai trop court, le demandeur ne doit-il pas être considéré comme n'ayant aucun délai?

Quoi qu'il en soit, nous estimons que l'exploit n'est pas nul, parce qu'un délai quelconque est indiqué; mais alors il faut appliquer les solutions données sur la 321e *Question*.

[[La décision à adopter sur cette question, nous paraît, en effet, dépendre des principes posés sur la *Question* 321; nous y renvoyons la citation des auteurs et des arrêts.]]

320. *Lorsque la loi a indiqué un délai particulier pour comparaître, comme par exemple, dans l'espèce de l'art.* 193 *du Code, où le délai n'est que de trois jours, et dans une foule d'autres cas où il est aussi plus court que le délai ordinaire, l'assignation donnée dans le délai de la loi remplira-t-elle également le but que le législateur s'est proposé?*

La même raison, tirée de ce que l'assigné doit connaître la loi qui a déterminé le délai pour comparaître, nous paraît encore militer en faveur de la validité de l'exploit. En effet, dans ces cas particuliers, le libellé et les conclusions apprennent au défendeur pour quel objet il est appelé en justice; or, la loi a déterminé, par rapport à cet objet, un délai particulier : l'exploit en assignant le défendeur *dans le délai de la loi*, lui indique donc que c'est dans le délai qu'elle a fixé qu'il doit comparaître, et le but est rempli, puisque

l'assigné ne peut prétexter cause d'ignorance des dispositions qu'elle renferme (1).

[[Les dispositions de la loi qui donnent lieu à cette question nous paraissent être une raison de plus d'adopter notre solution de la *Quest.* 314 *bis*.]]

321. *L'exploit est-il nul, si l'assignation indique un délai moins long que celui qui est fixé par la loi?*

Avant la publication du Code de procédure, les opinions pouvaient être partagées sur ce point, ainsi qu'on peut le voir par les remarques de RODIER, sur les art. 3 et 4 du tit. 3 de l'ordonnance de 1667 ; cependant cet auteur se prononçait en faveur de la validité de l'exploit. DUPARC-POULLAIN (au t. 9, p. 43, de ses *Principes*) disait formellement, contre le sentiment de Boutaric, « que « l'exploit ne serait pas nul si, après avoir donné un trop court délai, le de- « mandeur avait attention de ne prendre défaut, et de ne le faire juger que « dans les délais prescrits par l'ordonnance. »

On ne pourrait aujourd'hui, dit M. MERLIN, dans son *Nouveau Répertoire*, au mot *Délai*, p. 397, prononcer la nullité ; les articles du Code de procédure qui déterminent les délais n'y ajoutent pas cette peine, et l'art. 1030 défend de la suppléer.

Quel sera donc l'effet d'une assignation donnée à un délai trop court? « De « deux choses l'une, répond le même auteur, ou le défendeur cité à un délai « trop court comparaît sur l'assignation, ou il ne comparaît pas.

« S'il ne comparaît pas, le juge doit ordonner qu'il sera réassigné, et con- « damner le demandeur aux frais de la première assignation. L'art. 5 du « Code de procédure civile le règle ainsi pour les justices de paix, et il « n'y a aucune raison pour que l'on n'étende pas sa disposition aux autres « tribunaux.

« Si le défendeur comparaît, il peut, en excipant de la brièveté du délai « de son assignation, demander à jouir de tout le délai que la loi voulait « qu'on lui accordât ; mais c'est une faculté à laquelle il est libre de re- « noncer. »

Si donc il procédait volontairement, sans exciper de la brièveté du délai, il serait non-recevable à opposer ensuite cette exception, car sa procédure volontaire ferait présumer qu'il y eût renoncé ; mais, dans le cas contraire, tout acte qui aurait été fait sur l'assignation donnée à délai trop court serait considéré comme non avenu, comme fait sans assignation préalable ; et s'il arrivait qu'un jugement fût rendu avant l'expiration du délai légal, ce jugement serait radicalement nul, ainsi que l'a décidé la Cour d'appel de Rennes, par arrêt du 22 septembre 1810. (Voy. *Journ.* de cette Cour, t. 1, p. 456) (2).

Add. — M. Pigeau résout cette question d'une manière opposée, et M. Fa-

---

(1) Les solutions qui précèdent, concernant les assignations données sous les expressions générales *délais de la loi*, sont des conséquences des décisions de jurisprudence qui consacrent la validité de cette indication. Sans ces décisions, nous ne l'eussions pas crue suffisante, et les huissiers feraient toujours mieux d'indiquer précisément le délai, surtout dans les cas particuliers où il serait plus long ou plus court que le délai ordinaire de huitaine.

(2) Au surplus, on trouve au *Journal de Sirey*, 1814, 2e part., p. 187 et suiv., et dans le *Recueil de Chauveau*, t. 3, p. 195 et suiv., v° *Appel*, n° 90, et t. 27, p. 136, les raisons des systèmes opposés que l'on peut former sur cette question, et les décisions qui l'ont résolue en sens contraire. Le plus grand nombre des arrêts cités consacre la solution ci-dessus.

vard de Langlade, au mot *Ajournement*, déclare qu'il est difficile de ne pas reconnaître que cette opinion est la plus conforme au texte et à l'esprit de la loi : *au texte*, nous pourrions en convenir ; *à l'esprit*, non ; car on ne doit pas supposer qu'il ait été dans l'intention du législateur d'attacher une nullité à une erreur qui ne peut aucunement préjudicier à la partie défenderesse, ainsi que l'a prouvé M. Merlin, dans le passage que nous avons transcrit. Une juste analogie, tirée de la disposition de l'art. 5 du Code de procédure, l'opinion des plus savants commentateurs de l'ordonnance de 1667, présentent en outre de fortes raisons en faveur de l'interprétation que nous avons donnée, sous ce rapport, à la disposition du § 9 de l'art. 61. **Carr.**

[[En développant ces raisons de décider, on pourrait dire qu'il n'y a de nullité prononcée par la loi que pour les contraventions à l'art. 61, et non point pour celles qui se rapportent aux prescriptions des art. 72 et 1033; c'est-à-dire que l'exploit doit être annulé lorsqu'il ne contient pas l'indication d'un délai précis, parce qu'alors il manque d'une des conditions les plus essentielles à l'ajournement; mais que s'il indique un délai quelconque, ne fût-il pas celui de la loi, il est valable, le défendeur se trouvant suffisamment averti, sauf à celui-ci à réclamer, si cela lui convient, le bénéfice entier de la loi.

Qu'on remarque bien, en effet, ajouterait-on, que le défendeur n'en souffrira jamais ; car s'il comparaît, il pourra, ou se défendre au fond, et dès lors ses droits seront à l'abri, ou demander son renvoi jusqu'après le délai légal, ce que les juges ne lui refuseront pas. S'il ne comparait pas au jour indiqué, mais qu'il ne soit pas pris de jugement, c'est comme si le délai de la loi lui eût été accordé; enfin, si on l'avait condamné, malgré son absence et malgré les bonnes raisons qu'il avait de ne pas se présenter, les voies de l'opposition et de l'appel ne seront-elles pas suffisantes pour faire rétracter ou réformer le jugement, et mettre à la charge du demandeur tous les frais de sa trop expéditive procédure? Ainsi, la nullité de l'exploit, qui contiendrait l'irrégularité en question, n'est ni prononcée par la loi, ni justifiée par aucune espèce d'inconvénients.

Ce raisonnement et cette conclusion ne sont que la continuation du système qui refuse de prononcer la nullité pour omission des formalités relatives à la remise de l'exploit, lorsque celui qui la propose se présente, l'exploit en main, et nous avons combattu ce système sous notre *Quest.* 739 *bis*, § 7, t. 2, p. 215.

Peut-on dire, en effet, que les droits du défendeur soient intacts, qu'il ne souffre aucun préjudice lorsqu'on l'expose aux suites d'un jugement par défaut, qu'on ne l'a pas mis à même de prévenir, et aux chances incertaines d'une opposition ou d'un appel, que des vices de formes peuvent rendre inutiles à leur tour?

D'ailleurs, l'exploit doit, à peine de nullité, contenir *l'indication du délai pour comparaître* (art. 61), et être donné dans *les délais de la loi* (art. 456). Ne résulte-t-il pas évidemment, de la combinaison de ces deux textes, que le délai à indiquer dans l'acte d'assignation n'est pas autre que celui que la loi détermine? La simple raison ne suggère-t-elle pas la même solution, et ne fait-elle pas voir que la loi ne peut être satisfaite par l'indication d'un délai quelconque, lorsqu'elle-même a pris le soin d'en fixer un?

Nous pensons donc que l'exploit d'ajournement est nul, lorsqu'il est donné à un délai plus court que celui de la loi. C'est aussi l'avis de MM. Piceau, *Comm.*, t. 1, p. 183 et 201, et Favard de Langlade, t. 1, p. 140. L'opinion contraire est professée par MM. Dalloz, t. 7, p. 757, nos 4 et 5; Boncenne, t. 2, p. 168 et suiv.; Thomine Desmazures, t. 1, p. 175, et Boitard, t. 1, p. 313.

La jurisprudence s'est également divisée :

Pour la nullité de l'exploit qui contient assignation à un délai trop court,

on trouve les arrêts suivants : Bruxelles, 25 juin et 12 juillet 1810 (*J. Av.*, t. 13, p. 194. 2e espèce, et t. 3, p. 198, 2e espèce); Montpellier, 17 décembre 1811 (*Ibid*, 3e espèce); Grenoble, 3 juillet 1812 (*J. Av.*, t. 13, p. 196, 1re espèce); Nîmes, 17 novembre 1812 (*J. Av.*, t. 3, p. 200, 6e espèce); Bruxelles, 20 décembre 1815 (*J. Av.*, t. 13, p. 235), 13 mars 1819 (*J. Av.*, t. 13, p. 195, 3e espèce); Toulouse, 14 juillet 1820 (*J. Av.*, t. 13, p. 195, 5e espèce); Bruxelles, 11 janvier 1820 (*J. Av.*, t. 13, p. 197, 3e espèce); Liege, 18 avril 1817 (*Ibid*, 2e espèce); Bourges, 15 mars 1821 (*J. Av.*, t. 27, p. 140, 2e espèce); Poitiers, 3 juillet 1821 (*J. Av.*, t. 27, p. 235); Limoges, 20 avril 1823 (*J. Av.*, t. 25, p. 146); Grenoble, 29 mars 1824 (*J. Av.*, t. 27, p. 141, 4e espèce), 2 juillet 1824 (*J. Av.*, t. 27, p. 233); Poitiers, 30 novembre 1820 (*J. Av.*, t. 27, p. 141, 5e espèce); Bourges, 11 mai 1824 (*Ibid*, 3e espèce); Amiens, 21 février 1826 (*J. Av.*, t. 37, p. 219); Poitiers, 5 juillet 1826 (*J. Av.*, t. 40, p. 55), 19 mars, 13 juin, 16 juillet et 25 novembre 1828 (*J. Av.* t. 35, p. 27; t. 37, p. 209, et t. 36, p. 134); Grenoble, 10 mai 1833 (*J. Av.*, t. 46, p. 362), et Bordeaux, 1er juillet 1835 (*J. Av.*, t. 50, p. 118).

Il est à remarquer que, parmi ces nombreux arrêts, ceux des Cours de Grenoble, 3 juillet 1812; Liége, 18 avril 1817; Limoges, 20 avril 1823, et Bordeaux, 1er juillet 1835, sont les seuls qui s'occupent d'une assignation donnée à un délai plus court que la huitaine déterminée par l'art. 72 du Code de procédure civile; ceux des Cours de Bruxelles, 20 décembre 1815; Grenoble, 2 juillet 1824; Poitiers, 5 juillet 1826, sont relatifs à la violation de l'article 73.

Quant à tous les autres, sans exception, ils appliquent la nullité à des exploits qui énonçaient le délai ordinaire de huitaine, sans l'accompagner de l'augmentation à raison des distances prescrites par l'art. 1033.

Tous ces arrêts rendent donc bien hommage au principe que nous soutenons, puisqu'ils reconnaissent que l'indication d'un délai trop court est une cause de nullité.

Mais nous ne sommes pas d'accord avec les derniers, sur ce qu'il faut entendre par *délai trop court*.

L'art. 61 exige l'indication du délai pour comparaître, c'est-à-dire du délai accordé au défendeur pour examiner la demande, pour prendre un parti, pour préparer ses moyens de défense; or, ce délai pour comparaître est celui de huitaine fixé par l'art. 72, ou ceux que, dans certaines circonstances, détermine l'art. 73; mais l'augmentation, à raison des distances dont parle l'art. 1033, n'est pas le délai pour comparaître : c'est un délai supplémentaire pour parcourir la distance qui sépare l'assigné du lieu où siége le tribunal, distance que celui-ci doit connaître beaucoup mieux que le défendeur, délai que l'art. 1033 n'oblige pas de mentionner sous peine de nullité. En d'autres termes, les art. 61 et 72 étant placés sous le même titre, il s'ensuit que la disposition du premier se réfère exclusivement à celle du second; qu'on satisfera au premier, qui exige indication du délai, en indiquant le délai réglé par le second; et qu'enfin, le délai indiqué en vertu du premier ne sera trop court qu'autant qu'il serait inférieur au nombre de jours réglés par le second.

Voici maintenant les arrêts qui semblent s'être prononcés pour la validité d'une assignation donnée à un délai trop court : Besançon, 17 décembre 1808 (*J. Av.*, t. 3, p. 197); Nîmes, 15 mai 1811 (*J. Av.*, t. 27, p. 139, 1re espèce); Turin, 13 février 1812 (*J. Av.*, t. 3, p. 270, 2e espèce); Rennes, 13 juin 1812 (*J. Av.*, t. 13, p. 194, 1re espèce); Trèves, 22 octobre 1812 (*J. Av.*, t. 3, p. 200, 5e espèce), Limoges, 10 décembre 1812 (*J. Av.*, t. 3, p. 201, 7e espèce); 30 janvier 1816 (*Ibid*, p. 203, 8e espèce); Bourges, 21 mars et 12 mai 1821; Nîmes, 28 juin 1824 (*J. Av.*, t. 27, p. 66); Cass., 20 février 1833 (*J. Av.*, t. 44, p. 169), et Limoges, 31 mars 1838 (*J. P.*, t. 2 de 1838, p. 647).

Tous ces arrêts ont validé des exploits qui n'indiquaient pas l'augmentation à raison des distances.

Mais ceux de Besançon, 17 décembre 1808; Turin, 13 février 1812; Trèves, 22 octobre 1812, se sont uniquement appuyés sur ce motif que l'indication du délai trop court n'est pas une cause de nullité, motif que nous venons de combattre; les autres invoquent la distinction ci-dessus développée, et de laquelle il résulte que l'omission du délai supplémentaire des distances ne rend pas trop court celui qu'on a indiqué dans l'exploit. Cette distinction se trouve donc consacrée par d'imposantes et d'assez nombreuses autorités.

Nous validerions aussi l'exploit qui indiquerait la huitaine sans ajouter *franche*, puisque cette dernière condition n'est exigée que par l'art. 1033. Cependant, quelques-uns des arrêts précités regardent le mot *franche* comme indispensable et comme renfermant à lui seul l'indication virtuelle du délai des distances : ceci, au reste, n'est qu'une question d'interprétation.

Quant à la voie du réassigné, lorsque le premier ajournement a été donné à un délai trop court, elle n'est indiquée que pour la procédure à suivre devant les juges de paix, et nous croyons, avec M. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 183, qu'elle est inapplicable aux tribunaux ordinaires; la nullité devra donc toujours être prononcée.

(*V.* notre *Quest.* 314 *bis.*)]] **Supp. alph.**, v° *Ajournem.*, n. 276 et suiv.

322. QUID JURIS, *si, au contraire, l'assignation indiquait un délai plus long que celui prescrit par la loi?*

L'assignation ne serait pas nulle, dit encore M. Merlin. En effet, lit-on dans les considérants d'un arrêt de la Cour de cassation du 13 prairial an II (*J. Av.*, t. 13, p. 27, 1re espèce), plus le délai est étendu, plus le demandeur a donné d'avantages à l'assigné pour préparer ses défenses, et il est de principe qu'on ne peut se plaindre si l'on n'a été lésé. (*V.* la table des arrêts de la Cour de cassation, par M. BERGOGNIÉ, t. 1, p. 56.)

[[C'est aussi l'avis de MM. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 183 et 201; FAVARD DE LANGLADE, t. 1, p. 146, n° 2; DALLOZ, t. 7, p. 757, nos 4 et 5; THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 176; BOITARD, t. 1, p. 312, et BONCENNE, t. 2, p. 167. Il a été consacré, et avec raison, par la Cour de cassation, le 15 décembre 1808 (*J. Av.*, t. 13, p. 28, 2e espèce); de Nîmes, 12 janvier 1808 (*J. Av.*, t. 15, p. 302); de Bruxelles, 8 août 1810; de Turin, 9 janvier 1811 (*J. Av.*, t. 3, p. 286); de Montpellier, 2 janvier 1811 (*J. Av.*, t. 3, p. 192), et de Poitiers, 7 mai 1833 (*J. Av.*, t. 45, p. 434). (*V.* notre *Quest.* 93.)]]

323. *Mais du moins le demandeur ne pourrait-il pas, à l'expiration du délai donné par la loi, et avant l'échéance de celui donné par l'assignation, obtenir défaut contre le défendeur?*

Nous ne le pensons pas, par le motif qu'en donnant un trop long délai, le demandeur s'est fait la loi, ainsi que le fait observer Rodier.

Vainement opposerait-on que le défendeur doit connaître le délai que la loi a fixé, et s'apercevoir de l'erreur du demandeur; on répondrait que les dispositions de la loi, relatives aux délais des assignations ne sont pas d'ordre public; que le demandeur a renoncé à l'avantage du délai fixé par la loi, en assignant à un terme plus éloigné; que le défendeur a dû penser que la partie adverse ne comparaîtrait elle-même qu'à l'époque fixée par son exploit, et que conséquemment il est autorisé à ne se présenter qu'au jour qui lui est indiqué. (Cass., 13 prairial an II; *J. Av.*, t. 13, p. 27, 1re espèce.)

V. la question suivante.

[[Décider autrement, serait autoriser un véritable guet-apens.]] **Supp. alph.**, n. 284 et 285.

324. *Le demandeur pourrait-il réassigner le défendeur à comparaître à l'échéance du délai légal, qui commencerait à courir du jour de la première assignation ?*

Autrement, *pourrait-il réassigner à comparaître au jour auquel devrait échoir le délai légal qu'il aurait excédé dans sa première assignation?*

Nous ne le pensons pas, par le motif que nous avons énoncé ci-dessus qu'il s'est fait, par sa première assignation, une loi qui l'oblige à attendre, avant de pouvoir obtenir jugement, l'échéance du délai qu'il a volontairement donné.

Il pourrait arriver d'ailleurs qu'il ne donnât la réassignation que peu de jours avant celui où expirerait le délai légal, calculé depuis la signification de l'exploit introductif; en sorte que le défendeur qui, jusqu'au moment de cette réassignation, aurait compté sur le délai que le premier exploit lui donnait ne se trouverait pas prêt pour comparaître. Cet exploit n'aurait été ici qu'un piége dont il serait injuste que le demandeur profitât.

Add. — Il faut entendre raisonnablement la solution de notre *Questio* 323, et se garder d'en pousser trop loin les conséquences. Nous n'entendrions pas, par exemple, l'appliquer à un délai dont la longueur démesurée démontrerait qu'il n'a pas été dans l'intention du demandeur de l'accorder à l'assigné. En pareille circonstance, on ne pourrait contester au premier le droit de réassigner le défendeur; ce qui serait une modification de l'opinion trop générale que nous avons émise sur la *Quest.* 324. **Carr.**

[[Le bénéfice du premier exploit, une fois acquis au défendeur, ne peut lui être enlevé par un acte subséquent émané du demandeur seul, à moins que cet acte ne soit un nouvel exploit qui anéantisse le premier.

Si donc, dans ce nouvel acte, le demandeur ne se désiste pas de son premier ajournement, il ne peut en modifier valablement les effets; s'il s'en désiste, ce premier ajournement ne devant plus être pris en considération, les délais recommencent à courir à partir du second; et alors se présente de nouveau l'occasion d'appliquer la solution que nous avons donnée sur la *Question* 321.]]

325. *Le défendeur qui aurait été assigné à un délai trop long, et qui croirait avoir intérêt à faire prononcer promptement sur l'objet de la demande, pourrait-il* ANTICIPER, *en constituant avoué et poursuivant l'audience à l'échéance du délai légal?*

Cette question a été résolue pour l'affirmative par un arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles du 8 août 1810, rapporté au *Journal des Avoués*, t. 3, p. 286. (*Voy.* aussi RODIER, sur les art. 3 et 4 du tit. 3 de l'ordonn., 5e *Quest.*)

Objecterait-on l'ancienne maxime que les délais sont communs, et qu'il n'est conséquemment permis, ni au demandeur de les anticiper contre le défendeur, ni à celui-ci de les anticiper contre l'autre? Nous répondrions que cette objection ne serait pas sérieuse, parce que cette maxime ne s'entendait que du cas où l'assignation donnait le délai. (*Voy.* Rodier, *ibid.*)

Mais nous examinerons, sur l'art. 80, si cette maxime, dont l'application fut souvent contestée sous l'empire même de l'ordonnance de 1667, pourrait encore être invoquée.

[[Les auteurs et les arrêts, cités sous la 322e *Quest.*, enseignent et consacrent également la solution de celle-ci, que nous croyons parfaitement exacte.

Mais il se présente la question accessoire de savoir quelle procédure devra

suivre l'assigné pour obtenir cette anticipation? Un arrêt de la Cour de Bruxelles, du 29 nov. 1828 (*J. Av.*, t. 36, p. 334), a posé en principe qu'il devait le faire par un exploit dans la forme et d'après les règles des exploits d'ajournement.

Indépendamment de ce que cette voie, qui exigerait les délais ordinaires de l'ajournement, ne remplirait pas le but de l'assigné, qui est de ne pas laisser augmenter ceux que la loi fait partir du jour de l'assignation à lui donnée, cette marche nous paraît tout à fait irrégulière, parce qu'il n'est point dans l'esprit de la loi que des parties entre lesquelles une instance est liée correspondent par des actes signifiés à personne ou domicile. Les officiers ministériels sont leurs intermédiaires légaux. L'assigné devra se contenter de constituer avoué, et celui-ci poursuivra l'audience par un simple acte adressé à celui de ses confrères que le demandeur aura dû constituer dans son exploit introductif. Telle est, au reste, l'opinion de presque tous les auteurs, et notamment de MM. BONCENNE, t. 2, p. 168 et BOITARD, t. 1, p. 313.

M. THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 176, partage seul l'avis de la Cour de Bruxelles. Il se fonde sur ce qu'il est de principe que les délais sont communs aux deux parties, que le demandeur en ayant indiqué un, il est censé ne s'être engagé à comparaître et à être prêt qu'à l'expiration de ce délai; qu'en procédant uniquement sur cet ajournement, le défendeur ne peut donc pas réclamer une abréviation qui serait contraire à son contenu; qu'enfin, et par une conséquence nécessaire, un nouvel ajournement à personne ou domicile peut seul détruire l'effet du premier.

Nous répondrons à M. Thomine Desmazures par le principe même qu'il a posé. Sans doute, les délais sont communs aux deux parties. Mais quels délais? Ce sont évidemment les délais de la loi, et non pas ceux qu'il plaira à un demandeur de fixer arbitrairement dans son propre intérêt : en ceux-ci il ne peut, ce nous semble, y avoir rien de commun aux deux parties; tout est, au contraire, spécial à l'une d'elles.

Mais les délais de la loi sont communs aux deux parties; le demandeur y est soumis comme le défendeur lui-même. Et voilà pourquoi ce dernier pourra y faire rentrer son adversaire, s'il les dépasse, sans avoir besoin d'intenter une demande nouvelle, mais simplement en poursuivant, par les voies ordinaires de procédure, celle dont il est lui-même l'objet, et pour laquelle la loi fixé des délais communs aux deux parties.]] **Supp. alph.**, n. 289.

[[**325** bis. *Si le jour de la comparution est indiqué par le quantième du mois, et par le jour de la semaine, et que ces indications ne concordent pas, l'exploit est-il nul?*

Si de la contradiction que nous signalons, il résulte un doute sérieux, une incertitude véritable sur le jour que le demandeur a entendu fixer, c'est absolument comme s'il n'avait point fixé de délai. Si, au contraire, les circonstances de l'acte peuvent servir à lever le doute, l'annuler serait une rigueur sans motif. Aussi l'on trouve un arrêt de la Cour de Bordeaux du 19 juin 1832 (*J. Av.*, t. 43, p. 563), qui valide un tel exploit; et la Cour d'Amiens a prononcé la nullité dans une autre espèce du même genre, par arrêt du 17 mai 1836, contre lequel a été vainement formé un pourvoi que la Cour de cassation a rejeté le 4 avril 1838 (*J. Av.*, t. 56, p. 42). Voir aussi *suprà*, la *Quest.* 284 *quater*.]]

326. *Quand l'assignation est donnée à un domicile élu, le délai doit-il être calculé d'après la distance de ce domicile au lieu où siège le tribunal, et non d'après celle du domicile réel?*

La Cour de cassation avait jugé cette question d'une manière affirmative,

par arrêt du 25 prairial an 10 (*J. Av.*, t. 13, p. 54); elle déclarait, en termes exprès, que l'assignation pouvait être donnée au domicile élu pour comparaître dans le délai qui suffisait, eu égard à ce domicile, mais par arrêt du 4 juin 1806 (*ibid*), la même Cour a prononcé que celle de Paris, en décidant au contraire que le délai de la comparution devait être celui fixé à raison du domicile réel, n'avait violé aucune loi. Il faut remarquer entre ces deux arrêts, dit M. Merlin (*Nouv. Rép.*, au mot *Consuls des marchands*, t. 3, p. 593), que le premier prononce en termes formels, et que le second se borne à déclarer que la Cour de Paris n'avait violé aucune loi. En effet, ajoute-t-il, la loi ne s'explique pas positivement sur ce point, et dès lors il était impossible de casser l'arrêt de cette Cour. On voit par cette remarque que M. Merlin semble incliner pour la décision donnée par l'arrêt du 25 prairial. (*Voy.* nos *Quest.* sur l'art. 420.)

Cette dernière décision a été confirmée par les arrêts de la cour de Colmar, 25 nov. 1809 (*J. Av.*, t. 13, p. 134), de la Cour de cassation, du 4 fév. 1808 et de la Cour de Paris, des 26 fév. et 26 nov. 1808. La décision opposée, par ceux de la Cour de cassation des 4 juin 1806, 1er avril 1807 (tous rapportés au *J. Av.*, t. 13, p. 54, et de la Cour de Bruxelles, 29 déc. 1815. (*J. Av.*, t. 13, p. 235, et 6 juillet 1829 (*J. Av.*, t. 38, p. 167).

Celle-ci nous paraît préférable. Que l'élection de domicile donne droit d'adresser toutes les significations au lieu convenu, qu'elle attribue juridiction au tribunal de ce lieu, tout cela est admissible, parce que tout cela est dans la loi, parce que les parties ont dû prévoir ces conséquences de leur convention, parce qu'enfin il n'y a rien là qui compromette le droit sacré de la défense.

Mais il n'est pas certain que la partie en chargeant une tierce personne de recevoir pour elle les significations relatives à telle ou telle affaire, lui ait donné en même temps le mandat de la défendre, les instructions et les documents nécessaires pour le faire. Il est probable, au contraire, qu'elle s'en est exclusivement réservé le soin, et qu'elle attend avec confiance que son mandataire lui fasse parvenir les copies d'exploit qui auront pu lui être remises.

En un mot, il faut que la partie soit avertie de l'attaque, il faut qu'elle vienne pour la repousser. D'où viendra-t-elle? du domicile élu? non, puisqu'elle ne s'y trouve pas; ce sera donc de son domicile réel. Ne faut-il pas dès lors qu'elle ait le temps nécessaire pour arriver, eu égard à la distance de ce domicile réel?

M. FAVARD DE LANGLADE, t. 1, p. 140, reproduit les observations de M. Merlin, mais avec certaine restriction d'où l'on peut induire qu'il doute de l'équité de sa décision. MM. BONCENNE, t. 2, p. 222, et DALLOZ, t. 7, p, 758, n° 8, se prononcent formellement pour l'opinion qui calcule les délais en raison de la distance du domicile élu. MM. LEPAGE, p. 532, et PARDESSUS, t. 5, p. 290, enseignent aussi cette doctrine pour le cas particulier où il s'agit de l'assignation donnée, par le débiteur incarcéré, à son créancier, en nullité de l'emprisonnement, et elle a été adoptée par les Cours de Paris le 28 fév. 1807 (*J. Av.*, t. 13, p. 87); de Toulouse, le 13 janv. 1823 (*J. Av.*, t. 25, p. 15), et par la Cour de cassation le 20 mars 1810 (*J. Av.*, t. 18, p. 906). Nous ferons remarquer qu'il s'agit ici d'une assignation à bref délai, en vertu de permission du juge (795 du Code de procédure civile). Or, l'on verra, sous l'art. 72, *Quest.* 378 *ter*, que le juge, en abrégeant les délais, peut même, s'il le juge convenable, supprimer le supplément à raison des distances, parce qu'il est plus à portée que le législateur qui a tracé la règle générale, d'apprécier les nécessités de l'espèce particulière qui lui est soumise. La décision de la Cour de Paris nous paraît

donc justifiée sous ce point de vue; mais, en s'appuyant de cette unique circonstance, que l'assignation était donnée à *domicile élu*, elle a violé un principe trop rigoureusement fondé sur l'équité naturelle pour être susceptible de fléchir.

Au reste, puisque notre opinion est fondée sur la nécessité qu'il y a de donner à l'assigné le temps d'être averti et de comparaître, il faut décider qu'elle ne doit être suivie qu'autant que le domicile réel est plus éloigné que le domicile élu; si, au contraire, le domicile avait été élu au lieu où siége le tribunal, et qu'il y fût notifié un exploit d'appel pour comparaître devant une Cour qui siége au lieu du domicile réel de l'intimé, nous croyons, avec la Cour de Poitiers, 16 juillet 1828 (*J. Av.*, t. 37, p. 209), qu'il faudrait observer le délai des distances à raison du lieu où l'exploit est notifié, parce que sans cela la partie courrait le risque de ne pas être prévenue assez tôt. Mais ces cas seront nécessairement très rares; car l'élection de domicile a ordinairement lieu pour faciliter les significations, et, par conséquent, on indique un lieu plus rapproché que le domicile réel du tribunal où l'affaire doit être portée.]]

Supp. alph., v° *Ajournem.*, n. 292.

[[**326 bis.** *L'ajournement est-il nul lorsqu'il contient assignation pour un jour férié?*

Il en serait certainement d'un tel exploit, comme de celui qui serait donné pour un jour auquel le règlement du tribunal n'indiquerait point d'audience. L'assignation serait reportée au plus prochain jour plaidoyable, sans que personne pût s'en plaindre.

La Cour de Bruxelles a, dans une semblable espèce, prononcé la nullité par arrêt du 27 décembre 1814 (*J. Av.*, t. 13, p. 124); mais cette jurisprudence, sur laquelle elle est revenue elle-même le 14 février 1821 (*Ibid.*), est en outre combattue par une décision de la Cour de Liége du 17 novembre 1808 (*Ibid.*).]]

[[**326 ter.** *N'est-il pas encore une formalité relative à l'enregistrement à remplir pour la validité de l'exploit?*

L'art. 20 de la loi du 22 frimaire an VII veut que l'original de l'exploit soit enregistré dans le délai de quatre jours : cette formalité a pour but de rendre sa date certaine.

Dans le délai de quatre jours n'est pas compris celui qui forme le point de départ, mais bien celui de l'échéance. Ainsi, un exploit du 1er mai doit être enregistré au plus tard le 5 du même mois. C'est ce qu'a jugé la Cour de cassation, sur les conclusions conformes de M. MERLIN, le 23 floréal an IX (*J. Av.*, t. 11, p. 236, et *J. P.*, 3e édit., t. 2, p. 184), et ce qu'enseignent MM. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 205; FAVARD DE LANGLADE, t. 1, p. 141, n° 11, et BONCENNE, t. 2, p. 241.

Indépendamment de l'amende de 25 fr. contre l'huissier contrevenant, l'article 34 de la même loi prononce la nullité de l'exploit non enregistré dans le délai. Les auteurs précités le font observer; et cette peine a été appliquée par l'arrêt de la Cour de cassation indiqué ci-dessus; par la Cour de Bourges, le 23 décembre 1816 (*J. P.*, 3e édit., t. 13, p. 747); par la Cour de Caen, le 25 avril 1826 (*J. Av.*, t. 32, p. 165), et par celle de Riom, le 6 décembre 1830 (*J. Av.*, t. 45, p. 622).

Ce dernier arrêt, relatif à un acte d'appel, a jugé que la nullité était encourue encore que l'enregistrement, postérieur au quatrième jour de la date, fût antérieur à l'expiration du délai d'appel.]] **Supp. alph.**, v° *Exploit*, n. 26 et suiv.

§ 10. — *Application de la disposition générale de l'art.* 61, *relative à la nullité de l'ajournement.*

327. *L'exploit est-il nul, si la copie contient des nullités que ne présenterait pas l'original?*

C'est un principe consacré par la jurisprudence ancienne et par la nouvelle, qu'en matière d'exploit la copie tient lieu d'original à l'assigné, et, par suite de ce principe, l'irrégularité de celle-là n'est pas couverte par la régularité de celui-ci. (V. *Questions de Droit*, v° *Assignation*, p. 180, 2e édit., et *Répert.*, v° *Copie.*)

Parmi les nombreux arrêts qui ont consacré ce principe depuis la mise en activite du Code de procédure, nous citerons particulièrement celui rendu par la Cour de cassation, le 8 février 1809 (*S.*, même année, p. 160, et *J. Av.*, t. 13, p. 34, 6e espèce). On lit, dans les motifs de cet arrêt, que les copies d'exploit laissées aux parties sont leur titre, et leur tiennent lieu d'original, et que les mêmes vices de forme qui auraient pu annuler l'exploit, s'ils avaient été dans l'original, l'annulent incontestablement, quoiqu'ils ne se trouvent que dans la copie. Mais si l'original contenait des nullités que la copie ne présenterait pas, l'assigné ne pourrait en argumenter pour faire annuler l'exploit; c'est une conséquence nécessaire de ce même principe, que la copie qui lui est remise lui tient lieu d'original.

Add. — M. BONCENNE, t. 2, p. 101, approuve et développe la doctrine que nous avons professée sur cette question, et qui a été formellement consacrée en ces termes par l'art. 1er du Code de procédure civile des Pays-Bas : « La copie tiendra lieu d'original à celui qui l'a reçue. » **Carr.**

« Tout exploit, on le sait, est une déclaration faite par l'huissier, au nom d'une partie, à sa partie adverse, déclaration dont l'existence a pour but de conserver les droits de la première au préjudice de ceux de la seconde. Si cette déclaration était faite verbalement, il n'en resterait pas de trace, le demandeur ne pourrait s'en prévaloir, le défendeur pourrait en contester la sincérité.

Voilà pourquoi la loi exige que l'huissier dresse, à l'instant même, un rapport écrit de tout ce qu'il fait; et, comme ce rapport intéresse d'un côté le demandeur, qui en a besoin pour justifier devant les tribunaux de l'existence de ses démarches, de l'autre côté le défendeur, qui doit être positivement averti de ce qu'on lui dit et de ce qu'on lui demande, afin de surveiller ses droits compromis, le rapport doit en être dressé en double exemplaire, dont l'un, qui reste entre les mains du demandeur, prend le nom d'original, et l'autre, qui est remis au défendeur, se nomme copie. S'il y a plusieurs défendeurs, chacun doit recevoir une copie séparée. Voir la *Quest.* 348 *bis.*

Puisque l'un de ces exemplaires est la copie de l'autre, ils doivent être parfaitement conformes. Mais s'ils ne le sont pas, si l'un contient des nullités qui ne se rencontrent pas dans l'autre, auquel des deux devra-t-on s'en rapporter, soit pour la régularité, soit pour la sincérité?

La copie tient lieu d'original à la partie qui la reçoit. Ce principe modificatif de la règle énoncée en l'art. 1334, est fondé sur ce que les originaux dont parle cet article sont l'œuvre commune des parties qu'elles intéressent, puisque ce sont des actes destinés à constater des conventions; tandis que l'exploit est l'œuvre du seul demandeur, que le défendeur, en le recevant, joue un rôle purement passif, qu'il ne peut savoir que ce qu'on lui fait connaître, ni

être mis en demeure par les énonciations et les formalités contenues dans un original qui est tout-à-fait étranger.

Aussi le principe que nous posons est universellement reconnu. MM. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 178; DALLOZ, t. 7, p. 701, n° 4; THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 156; BONCENNE, t. 2, p. 101, et BOITARD, t. 1, p. 275 et suivantes, enseignent, de la manière la plus explicite, que lorsqu'une nullité a été commise dans la copie d'un exploit, elle n'est pas réparée par la régularité de l'original.

Indépendamment des nombreux arrêts cités sous les diverses questions du présent article, et qui, presque tous, ont consacré la même doctrine, en annulant des exploits vicieux dans la copie, on peut rappeler encore, comme résolvant la question d'une manière plus formelle, les suivants : Cassation, 1er brumaire an 13 (*J. Av.*, t. 13, p. 38); 4 déc. 1811 (*J. P.*, 3e édit., t. 9, p. 752); Colmar, 28 août 1812 (*ibid.*, t. 10, p. 698); Rennes, 14 mai 1820 (*J. Av.*, t. 13, p. 275); Lyon, 13 janvier 1825 (*J. Av.*, t. 28, p. 189); Montpellier, 15 janvier 1825 (*J. Av.*, t. 28, p. 27); Caen, 25 avril 1826 (*J. Av.*, t. 32, p. 165); Cassation, 9 novembre 1826 (*J. Av.*, t. 32, p. 100); Grenoble, 5 juillet 1828 (*J. Av.*, t. 36, p. 132); Poitiers, 9 février 1830 (*J. Av.*, t. 38, p. 224); Cassation, 3 juillet 1832 (DALLOZ, 1832, 1re part. p. 360); et Colmar, 23 juillet 1835 (*J. Av.*, t. 50, p. 62).

Néanmoins, les simples erreurs du copiste, qui ne porteraient point préjudice, et pourraient être facilement réparées, comme l'omission d'un mot, ne devraient pas être regardées comme une cause de nullité, ainsi que l'ont jugé les Cours de cassation, le 2 nivôse an 11 (*J. Av.*, t. 13, p. 32); 15 janv. 1810 (*J. Av.*, t. 13, p. 35, 6e espèce *bis*); de Paris, le 30 mars 1813 (*J. Av.*, t. 13, p. 206); de Montpellier, le 21 mai 1813 (*J. Av.*, t. 13, p. 215); et de Riom, le 4 février 1830 (*J. Av.*, t. 46, p. 297). Mais la Cour de Colmar a été trop indulgente, lorsque, le 2 janvier 1818 (*J. Av.*, t. 12, p. 508), elle a validé un exploit dont la copie ne contenait pas l'immatricule de l'huissier, sur le motif que cette immatricule se trouvait à l'original; les considérations de fait dont elle s'est appuyée, pour regarder ce grief comme une chicane, ne l'autorisaient point à violer la loi.

En matière de droits réunis, et par application d'une législation spéciale, il a été jugé par la Cour de cassation, le 18 mai 1808 (*J. Av.*, t. 13, p. 113), que lorsqu'on signifie un acte, il n'est pas nécessaire que la copie comme l'original, mentionne que copie en a été laissée. Et s'appuyant de cet arrêt on a dit : de deux choses l'une : ou le défendeur prétendra qu'il n'a point reçu la copie, et l'original qui en fait foi, lui fermera la bouche; ou il avancera l'avoir reçue, et qu'importe alors que la remise n'y soit pas mentionnée? A-t-on besoin d'en avoir d'autre preuve que l'existence en ses mains de la copie elle-même?

Mais c'est en vain qu'on voudrait généraliser cette idée pour l'étendre en dehors de l'espèce jugée par la Cour suprême. En matière d'exploit, il faut que la copie soit conforme à toutes les exigences des art. 61, 68, etc. Cod. proc. civ., et l'une de ces exigences est la mention de la remise de la copie. Le système qui rejette les nullités fondées sur l'omission des formalités destinées à constater la remise, lorsque cette remise n'est pas d'ailleurs douteuse, est combattue par nous sous la *Quest.* 739 *bis*, § 7, t. 2, p. 215, et sous la *Quest.* 321 *suprà*.

Mais si le vice de la copie annule l'exploit dont l'original est régulier, que faudra-t-il décider dans le cas inverse?

M. Carré, comme on l'a vu, enseigne que l'assigné ne peut se prévaloir des nullités de l'original. M. BOITARD, t. 1, p. 276, soutient, au contraire que l'original vicieux, n'étant plus un acte authentique, ne peut faire foi de la remise de la copie, que celle-ci n'ayant plus son fondement légal, demeure comme si elle n'existait pas, et que, par conséquent, l'assigné a le droit, non-seulement d'opposer les vices que le hasard lui apprend exister dans l'original, mais en-

core de se faire tout d'abord représenter cet original, pour en faire la vérification, et tirer son profit des nullités qu'il y découvre.

Nous ajouterons que la maxime que la copie tient lieu d'original, n'a été introduite qu'en faveur du défendeur, en ce sens qu'une nullité dans la copie suffit pour annuler l'exploit tout entier, à plus forte raison, lorsque l'original n'est pas régulier, la procédure doit-elle être annulée, parce que c'est réellement l'original qui constitue l'introduction de l'instance. Lorsque l'original est nul, si on défendait à celui qui représente la copie de demander la nullité, on arriverait indirectement à consacrer l'opinion que nous avons rejetée avec M. Boncenne, dans notre t. 2, p. 215 et 739 *bis*.

Le refus de montrer la copie fût-il une présomption de la régularité de cette copie, comme l'a jugé la Cour de Nancy, le 2 février 1832 (*J. Av.*, t. 45, p. 559), le droit de demander la nullité n'existerait pas moins.

Mais l'intimé à qui l'on oppose qu'il s'est rendu irrecevable à proposer telle ou telle exception, en faisant une signification dans la cause n'a pas le droit d'exiger que son adversaire lui montre la copie de cette signification, tant qu'il a lui-même l'original dans les mains ; Rennes, 17 juin 1817 (*J. Av.*, t. 12, p. 507).]]

Supp. alph., v° *Exploit*. n. 40.

327 bis. *Quelle foi doit être ajoutée aux énonciations d'un exploit ? La preuve de l'accomplissement des formalités peut-elle résulter d'éléments autres que ces énonciations ?*

Un exploit est un acte authentique, émané d'un officier public, revêtu d'un caractère légal pour le dresser. C'est dire qu'il fait pleine foi de tout ce qu'il renferme, ou du moins de toutes les énonciations relatives aux faits que l'huissier a mandat et qualité de constater. Ainsi, lorsque l'huissier mentionne qu'il a rempli telle formalité, qu'il s'est transporté au domicile, qu'il s'est adressé à un voisin, qu'il a laissé la copie à une personne qui s'est dite au service de l'assigné, il doit être cru jusqu'à inscription de faux. C'est un principe banal que rappellent, pour mémoire, MM. Dalloz, t. 7, p. 701, n° 5; et Boncenne, t. 2, p. 243, et qu'a consacré la Cour de Bruxelles, le 25 juillet 1835 (*Journ.* de cette Cour, 1835, t. 2, p. 443); en sorte qu'il ne suffirait pas, pour détruire les énonciations d'un exploit, que leur fausseté fût prouvée par le procès-verbal d'un procureur du roi, l'aveu et la condamnation de l'huissier, tous ces actes, quelle que soit leur gravité, ne pouvant être opposés à la partie qui se prévaut de l'exploit, tant que la fausseté n'a pas été jugée avec elle dans les formes déterminées par la loi au titre du faux incident civil ; Riom, 14 mai 1827 (*J. Av.*, t. 35, p. 358.) *V.* t. 2, p. 446, *Quest.* 943, notre doctrine sur ce qu'on est convenu d'appeler l'*influence de la chose jugée* au criminel.

Mais quant aux faits ou aux qualifications qui ne sont pas de sa compétence, l'huissier ne leur imprime, en les énonçant, aucun caractère d'authenticité; ainsi, lorsqu'il aura donné à la personne qui reçoit la copie, telle ou telle qualité, que celle-ci se la soit attribuée ou non, l'exploit ne fera pas foi qu'elle lui appartient, parce que si la personne s'est ainsi qualifiée, elle peut avoir trompé l'huissier qui n'a pas mandat de faire une enquête sur ce point; et si l'huissier a énoncé cette qualité de son propre mouvement, il peut avoir commis une erreur. On pourra donc toujours prouver, sans s'inscrire en faux, ou qu'il n'y a pas dans le domicile de l'assigné de personne de cette qualité, ou que celle à qui on s'est adressé et qui est nommée, ne l'a point. C'est tout ce qu'a voulu établir la Cour de Turin, dans son arrêt du 9 avril 1811 (*J. Av.*, t. 15, p. 234), qui ne mériterait le blâme de M. Dalloz, t. 17, p. 701, n° 5, qu'autant que cette cour aurait exigé une inscription de faux, et ne se serait pas contentée de la simple preuve.

Mais si l'original et la copie contiennent, sur le même fait, deux énoncia-

tions contradictoires, par exemple, une date différente, ce n'est plus le même cas, comme sous la *Quest.* 327, de s'en rapporter à la copie plutôt qu'à l'original. Car l'une ou l'autre de ces dates suffit pour rendre l'exploit valable, l'omission seule pouvant l'annuler. Il s'agit de savoir de quel côte est la vérité. Or, nous voilà placés entre deux actes, tous les deux authentiques, dont l'un par conséquent ne peut l'emporter sur l'autre. Ils se détruisent mutuellement : c'est comme s'ils ne disaient rien : aucune foi ne doit être ajoutée à cette énonciation contradictoire ; c'est ainsi que l'a jugé la Cour de cassation, le 7 ventôse an VII (*J. Av.*, t. 13, p. 30); et voilà pourquoi nous avons blâmé, sous la *Quest.* 284, un arrêt de la Cour de Caen, du 8 avril 1813 (*J. Av.*. t. 13, p. 207), qui validait l'acte d'appel contenant deux dates différentes, sous le prétexte que les deux se trouvaient dans le délai d'appel : il fallait dire qu'il y avait incertitude absolue, véritable absence de date, en tant qu'on voudrait en faire résulter un droit au fond.

Pour bien expliquer notre pensée sur ce point, disons que l'original et la copie doivent être pris séparément quant à leur forme, mais conjointement quant au fond.

Ainsi, l'exploit dont il s'agit ne sera pas annulé dans la forme, parce qu'il contient une date sur l'original, une date sur la copie, ce qui régularise parfaitement l'un et l'autre de ces actes. La formalité est accomplie pour chacun d'eux.

Mais outre sa nécessité comme formalité, la date a encore une grande importance comme constatant un fait, par exemple, dans les cas où l'exploit devrait être donné avant l'expiration d'un certain délai.

Or ce fait est un, indivisible : il ne peut pas être différent sur l'original et sur la copie, sans qu'une incertitude absolue soit jetée sur son existence.

Ainsi l'intimé, contre lequel on aura relevé appel, par un tel exploit, ne pourra soutenir que l'exploit est nul comme ne contenant point de date, aux termes de l'art. 61 ; mais il pourra contester, et le demandeur ne pourra point prouver, que cet appel ait été fait dans le délai légal de l'art. 443.

Si l'exploit soutient, contre toute attaque, l'authenticité de son contenu, doit-il, à son tour, se soutenir par ses forces, ou bien peut-on établir son existence par des preuves et des présomptions prises en dehors de l'acte ?

Pour qu'un exploit produise son effet, deux choses sont également nécessaires : et son existence, et sa régularité.

Quant à son existence, elle peut aisément résulter de circonstances etrangères à l'acte ; par exemple, des registres du receveur chez lequel il a été enregistré, mais sa régularité comment la prouvera-t-on ?

Aussi plusieurs arrêts ont décidé que la mention de l'enregistrement ne pouvait suppléer la représentation de l'exploit, 7 brum. an XIII (*J. Av.*, t. 13, p. 77, 1re esp.); 1er août 1810 (*J. Av.*, t. 5, p. 298) ; Besançon, 7 juillet 1808 (*J. P.*, 3e éd. t. 7, p. 10, et *J. Av.*, t. 21, p. 246) ; Rennes, 22 avril 1814 (*J. Av.*, t. 13, p. 80, 4e esp.), et 17 mai 1815 (*J. Av.*, t. 18, p. 877, 2e esp.); Colmar, 7 déc. 1816 (*J. Av.*, t. 3, p. 438).

Mais d'autres arrêts de la Cour de cassation, le 9 germ. an XI (*J. Av.*, t. 16, p. 671) et des Cours de Riom, le 28 déc. 1808 (*J. Av.*, t. 13, p. 77, 2e esp.), de Paris, le 19 mai 1810 (*J. Av.*. t. 21, p. 255), et de Nancy, le 23 nov. 1812 (*J. Av.*, t. 13, p. 78, 3e esp.), ont jugé que, l'existence une fois établie de cette manière, la régularité devait être présumée, lorsqu'aucun vice n'était prouvé par le défendeur.

Nous ne pouvons adopter le système de ces derniers arrêts que blâmait aussi M. Carré en les rapportant à sa note *jurisprudence :* il serait trop facile d'éviter les nullités en supprimant l'acte qui en serait entaché, ou même d'établir l'existence et l'existence parfaite d'un exploit dont on n'aurait pas

donné copie à la partie assignée. M. BONCENNE, t. 2, p. 242 est du même avis.

La Cour de Nancy, le 2 fév. 1832 (*J. Av.*, t. 45, p. 559), n'a admis la présomption de régularité d'un exploit dont on prouve l'existence par l'extrait de l'enregistrement, que dans le cas où l'assigné avouant la réception de la copie, refusait de la représenter : nous concevons qu'alors la présomption fût bien fondée, et que la Cour ait reçu, comme preuve de l'existence de l'acte, non-seulement les registres de l'enregistrement, mais encore le serment supplétif du demandeur qui ne pouvait représenter l'original.]] **Supp. alph.**, v° *Exploit*, n. 15 et suiv.

[[**327** ter. *Les surcharges, ratures, renvois non approuvés sont-ils une cause de nullité de l'exploit?*

Tout, en cette matière, dépend des circonstances, qui peuvent singulièrement modifier la gravité d'un pareil vice.

Si ces surcharges, ratures, etc., se trouvent sur la copie, on ne doit pas y ajouter foi, parce qu'on n'en connaît pas l'origine. Il faut s'en tenir à ce que serait l'acte, indépendamment de toutes ces corrections. Paris, 6 nov. 1815 (*J. Av.*, t. 20, p. 452), et Cass., 12 juin 1827 (*J. Huiss.*, t. 8, p. 344).

Si elles se trouvent sur l'original, mais qu'elles ne portent que sur des répétitions de mots, la Cour de cassation décide qu'il ne faut point y attacher d'importance, 5 déc. 1836 (*J. Av.*, t. 52, p. 249).

D'ailleurs les renvois n'ont pas besoin d'être approuvés, suivant la Cour de Grenoble, 28 mai 1823 (*J. Av.*, t. 9, p. 299), lorsqu'ils sont insérés à la suite de l'acte et avant toute signature.]] **Supp. alph.**, v° *Exploit*, n. 22 et 23.

ART. 62. Dans le cas du transport d'un huissier, il ne lui sera paye, pour tout frais de déplacement, qu'une journée au plus.

Tarif, 62, 66. [Notre Comment. du Tarif, t. 1, p. 48 à 70, n°s 8 à 24.] — Ordonn. de 1667, tit. 11, art. 5. — Code de proc., art 67, 71. — [Notre Dict. gen de Pr., v° *Exploit*, n°s 15 à 18. — Carré, *Comp.*, 2e part., liv. 1er, tit, 3, chap. 4, art. 175, n°s XCVIII. — Locré, t. 21, p. 402, n° 39; et p. 528, n° 19 — QUESTIONS TRAITÉES: De ce qu'il ne peut être alloué à la partie qui gagnerait sa cause que les frais d'une journée, s'ensuit-il que ce qui excèderait serait à la charge personnelle de cette partie? *Q.* 328. — Comment doit-on mesurer le transport de l'huissier? *Q.* 328 *bis*.]

328. *De ce qu'il ne peut être alloué à la partie qui gagnerait sa cause que les frais d'une journée, s'ensuit-il que ce qui excèderait serait à la charge personnelle de cette partie?*

Oui, sans doute, et dès lors si la partie a une signification à faire dans un lieu quelconque, elle doit, à tout événement, avoir soin de n'en charger qu'un huissier de ce lieu ou d'une résidence voisine; c'est évidemment le but de l'article. (*Ann. du Not.*, com., t. 1, p. 137.)

[[Sans cela, la disposition de l'art. 62 n'aurait aucune sanction; car on ne prétendra pas que sa violation pût devenir une cause de nullité de l'exploit.

La loi permet aux parties de choisir, dans l'étendue de l'arrondissement où elles veulent faire faire une signification, tous les huissiers qui y tiennent leur résidence. Mais cette liberté d'option est subordonnée aux conditions d'économie qu'elle a toujours en vue, et il n'est pas permis de la faire dégénérer en moyen de vexation.

Le prix de la journée de l'huissier est fixé par l'art. 66 du Tarif, à ce qui lui serait alloué pour un voyage de 5 myriamètres. C'est donc tout ce qu'il pourra réclamer au plus, encore que la distance qu'il lui a fallu parcourir excède ce nombre.

Il faut, d'ailleurs, observer que s'il a plusieurs remises d'exploit à faire le même jour, le transport ne doit lui être payé qu'une fois.

Voyez, sur tous ces points, MM. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 184; FAVARD DE LANGLADE, t. 1, p. 148, n° 3; THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 160 et 161; et BOITARD t. 1, p. 251.

Toutefois, cette règle ne concerne pas la partie adverse, parce que celle qui a donné sa confiance à l'huissier doit lui payer tout ce qui lui est légitimement dû, aux termes des lois; la Cour de cassation a même été plus loin en décidant que pour une saisie-exécution *tous* les frais de transport devaient être payés par la partie saisie. (*Voyez* notre *Comm.* du tarif, t. 1, p. 65, n° 24 et t. 2, p. 114, n° 15.]] **Supp. alph.**, v° *Ajournem.*, n. 296 et 297.

Add. 328 bis. *Comment doit-on mesurer le transport de l'huissier?*

Suivant les art. 23 et 66 du tarif, il n'est rien alloué à l'huissier pour transport jusqu'à un demi-myriamètre (une lieue ancienne), et le transport se mesure par la distance entre le lieu de la demeure de l'huissier et celui où l'exploit est notifié. L'huissier doit donc constater qu'il a franchi cette distance, afin de faire cette notification; autrement les frais ne lui seraient pas dus, parce qu'il serait permis de présumer qu'il eût pu se trouver sur les lieux pour toute autre cause. **Carr.**

[[Cela est juste.]] **Supp. alph.**, v° *Ajourn.*, n. 299.

ART. 63 Aucun exploit ne sera donné un jour de fête légale, si ce n'est en vertu de permission du président du tribunal.

[Notre Comm. du Tarif, t. 1, p. 72, n°s 31 à 34.] — Ordonnance de 1667, tit. 3 art. 7. — *Infra*, art. 711, 1037. — Décision du ministre des finances, du 13 juin 1809. — [Notre Dict. gén. de proc. v° *Appel*, n° 428: *Exploit*, n°s 50 à 52; *Signification*, n° 36. — Devilleneuve, v° *Jour férié*, n°s 3, 4, 6 et 7; *Surenchère*, n°s 72 et 85. — Armand Dalloz, v° *Exploit*, n°s 523 à 529. — Carré, *Comp.*, 2e part, liv 1er, tit. 1er, chap 6, art. 61. *Q.* 91, éd. in-8, t. 2, p. 64. — Locré, t. 21, p. 257, n° 22, et p. 409, n° 40 — QUESTIONS TRAITÉES: Quel est le juge auquel il faut s'adresser, à l'effet d'obtenir la permission nécessaire pour signifier l'exploit un jour de fête légale? *Q.* 329. — L'exploit signifié un jour de fête légale est-il nul? *Q* 330.]

LIII. On trouvera, au titre des dispositions générales, les motifs de cet article, qui n'est qu'une conséquence ou plutôt une répétition, en ce qui concerne les exploits d'ajournement, de celles de l'art. 1037; dispositions empruntées de la loi première, § *ult.* ff. *de feriis et dilationibus : Quamvis enim citatio die feriato fieri non debeat, hæc tamen regula fallit, quoties res urget, aut actionis dies exiturus est, adeo ut res esset dilatione peritura.*

329. *Quel est le juge auquel il faudra s'adresser, à l'effet d'obtenir la permission nécessaire pour signifier l'exploit un jour de fête légale?*

Il est incontestable qu'une telle permission ne peut être donnée qu'en cas de célérité (Voy. *Traité* de M. DEMIAU-CROUZILHAC, p. 60). De là suit évidemment, comme le dit M. LEPAGE, dans ses *Questions*, p. 113, qu'il faut s'adresser au président du tribunal auquel il appartient de connaître de la cause, et non à celui du tribunal du lieu où l'exploit doit être posé; autrement on contreviendrait aux lois régulatrices de la compétence. V. *Questions* 161 et 311.

[[Le 7 avril 1819 (*J. Av.*, t. 13, p. 264), la Cour de cassation, bien loin d'adopter l'opinion de M. Carré, d'après laquelle la permission ne pourrait être accordée que par le président du tribunal compétent pour juger la contestation, a décidé qu'il n'est pas nécessaire que ce soit le président du tribunal du lieu où l'exploit est remis. La conséquence de cette décision, c'est que la Cour pensait qu'en principe le pouvoir accordé par l'article 63 l'est naturellement à ce dernier magistrat, et il nous semble qu'en effet c'est vers lui que

l'intention du législateur a dû d'abord se diriger. Le tribunal compétent peut se trouver à une grande distance du lieu où la signification doit être faite: s'il fallait néanmoins recourir à son président, la faveur introduite par l'article 63 serait complétement illusoire, on ne pourrait jamais en profiter. Il ne s'agit pas ici d'un acte que l'on puisse prévoir longtemps à l'avance, et pour lequel on ait le loisir de prendre ses mesures. C'est la circonstance du moment qui en détermine l'utilité et l'urgence; donc, par la nature des choses, c'est au juge le plus voisin que l'appréciation doit en être confiée. Mais il peut se rencontrer des positions où le tribunal de la contestation sera plus à portée que le tribunal du territoire: la loi, qui a principalement en vue la célérité et la promptitude, n'a eu garde d'exclure cette chance. Elle se sert d'expressions génériques, *le président du tribunal*, *le juge*, qui peuvent s'appliquer selon les circonstances à l'un ou à l'autre; telle est l'interprétation de la Cour de cassation, qui nous paraît très juste. Néanmoins, M. FAVARD DE LANGLADE, t. 1, p. 145, n° 9, embrasse l'avis de M. Carré.]]

Supp. alph., v° *Exploit*, n. 46 et 47.

330. *L'exploit signifié un jour de fête légale est-il nul?*

L'art. 67 ne prononçant point *la peine de nullité*, on pourrait croire, d'après la disposition générale de l'art. 1030, que l'exploit pourrait être déclaré valable; mais il est à considérer que l'art. 63 est, comme le dit M. Perrin (*Traité des Nullités*, p. 209), une loi supérieure tenant au culte et à l'ordre public; ce qui suffit pour que l'exploit soit annulé: la question se trouve d'ailleurs implicitement décidée de la sorte par avis du Conseil d'Etat du 20 mars 1810.

Add.—Nous avons maintenu la nullité de l'exploit signifié un jour de fête légale, et, après un nouvel examen de cette importante question sur l'art. 61 de notre Code de compétence, t. 1, p. 272, *Quest.* 90, nous avons persisté dans cette opinion, que nous ne saurions ici justifier par de nouveaux moyens, et qui est aussi celle de MM. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 185, et BONCENNE, t. 2, p. 239. Mais nous ne devons pas laisser ignorer qu'elle est combattue par M. Chauveau Adolphe. Quoi qu'il en soit, nous déclarons derechef persister dans notre opinion, en ajoutant à nos motifs ceux qui ont déterminé M. Boncenne, et dont le principal est que la prohibition de la loi rend l'huissier sans pouvoir pour instrumenter les jours fériés, s'il n'y est pas autorisé par le président. **Carr.**

[[L'avis de M. Carré est aussi partagé par M. BOITARD, t. 1, p. 252, et il s'appuie de deux arrêts: l'un de la Cour de Bordeaux du 10 février 1827 (*J. Av.*, t. 32, p. 249); l'autre de la Cour de Pau du 22 juin 1833 (*J. Av.*, t. 46, p. 160).

Nous ne pouvons néanmoins l'adopter, parce que l'article 1030 dispose que la peine de nullité ne sera pas encourue, si elle n'est pas formellement prononcée par la loi; parce que la distinction entre les lois impératives et les lois prohibitives ne nous paraît pas fonder une dérogation à ce principe; parce qu'enfin, si la loi avait regardé sa prohibition comme d'ordre public, elle aurait attaché elle-même la peine de nullité à la violation reprochée.

C'est au reste le système que la jurisprudence la plus générale semble vouloir consacrer; car on trouve dans ce sens les arrêts des Cours de Liége, 6 février 1808 (*Journ.* de cette Cour, t. 1, p. 23); de Grenoble, 17 mars et 17 mai 1817 (*J. Av.*, t. 13, p. 247); Rouen, 14 janvier 1823; Cass., 23 février 1825 (*J. Av.*, t. 29, p. 38); Bordeaux, 16 juillet 1827 (*J. Av.*, t. 33, p. 247); 24 janvier 1832 (*J. Av.*, t. 43, p. 723); Agen, 27 août 1829 (*J. Av.*, t. 42, p. 271); Poitiers, 26 novembre 1830 (*J. Av.*, t. 39, p. 339); Pau, 14 juillet 1832 (*J. Av.*, t. 44, p. 288);

Montpellier, 24 février 1834 (*J. Av.*, t. 47, p. 621); et Toulouse, 8 mars 1834 (*J. Av.*, t. 46, p. 311).]] Supp. alph., v° *Exploit*, n. 48.

ART. 64. En matière réelle ou mixte, les exploits énonceront la nature de *l'héritage* (1), la commune, et, autant qu'il est possible, la partie de la commune où il est situé, et deux, au moins, des *tenants et aboutissants* (2). S'il s'agit d'un domaine, corps de ferme ou métairie, il suffira d'en désigner le nom et la situation ; le tout à peine de nullité.

Ordonn. de 1667, tit. 9, art. 3 et 4. — [Notre Dict. gén. de Proc., v^is *Appel*, n°s 284 et 285; *Exploit* n°s 301 à 310. — Devilleneuve, v° *Ajournement*, n°s 12 à 14. — Arm. Dalloz, v^is *Appel*, n° 285; *Exploit*, n°s 788 à 799. — Locré, t. 21, p. 402, n° 41. — QUESTIONS TRAITÉES : Devrait-on prononcer la nullité d'un exploit qui ne contiendrait pas les énonciations prescrites par l'art. 64, si d'ailleurs l'héritage était désigné de manière qu'il ne fût pas présumable que le défendeur pût ignorer de quel héritage il s'agit? *Q.* 331. — Faut-il nommer les propriétaires, ou du moins les locataires ou fermiers des propriétés auxquelles l'héritage tient ou aboutit? *Q.* 331 *bis*. — Pourrait-on réparer la nullité de l'exploit qui ne contiendrait pas les énonciations exigées par l'art. 64, en les signifiant par un acte postérieur, soit à la partie, soit à son avoué? — En général, quel est l'effet d'un second acte pour réparer les nullités du premier? *Q.* 332.]

LIV. On sent que les indications prescrites par cet article sont indispensables pour que l'héritage soit désigné d'une manière non équivoque; et il est à remarquer qu'elles doivent être faites, non-seulement lorsqu'il s'agit d'une action en revendication de la propriété de cet héritage, mais encore lorsque l'action a pour objet des droits réels, comme servitudes, usufruit : il faut alors désigner, comme l'article le prescrit, l'héritage auquel ces droits sont attachés. C'est ce que supposent ces mots de l'article, *en matière réelle ou mixte.*

331. *Devrait-on prononcer la nullité d'un exploit qui ne contiendrait pas les énonciations prescrites par l'art. 64, si d'ailleurs l'héritage était désigné de manière qu'il ne fût pas présumable que le défendeur pût ignorer de quel héritage il s'agit?*

Quoique ces énonciations soient prescrites à peine de nullité, nous pensons cependant qu'on ne devrait pas prononcer celle d'une assignation où l'on aurait suffisamment désigné l'héritage d'une autre manière. (*V.* PIGEAU, aux notes, t. 1, p. 122.)

« Ainsi, dit M. DELAPORTE, t. 1, p. 72, si on donne au défendeur copie d'un « acte où l'héritage soit désigné, ou s'il s'agit d'une universalité d'immeubles « qu'il possède à titre universel, comme à celui d'héritier (ou de légataire), « l'observation des formalités prescrites par l'art. 64 est inutile. »

C'est d'ailleurs ce qui a été jugé par la Cour de cassation, le 10 décembre 1806. (*S.*, t. 6, 1re part., p. 475, et *J. Av.*, t. 13, p. 86.) (3)

---

(1) Le mot *héritage*, appliqué aux propriétés foncières, indique un immeuble que l'on possède à quelque titre que ce soit.

(2) *Les aboutissants* sont les deux points qui bornent un héritage dans sa longueur ; *les tenants* sont les confins latéraux. (*V.* nos questions sur l'art. 675.)

(3) En effet, le législateur n'a exigé la désignation expresse que prescrit l'art. 64, qu'afin que le défendeur ne puisse ignorer quel est l'héritage qui fait l'objet de la demande. Or, on a rempli ce but, quand, par une désignation quelconque, cette *connaissance* lui est entièment donnée. Il ne faut pas croire, en effet, que les formalités des ajournements soient prescrites avec ce rigorisme que l'on a eu tant de raison de reprocher aux formules des actions de l'ancien

[[Ceci est encore une heureuse et juste application du système des équipollents. Elle est admise par MM. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 187; FAVARD DE LANGLADE, t. 1, p. 139; THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 163, et par une nombreuse jurisprudence, qui décide que le vœu de la loi est rempli en faisant connaître suffisamment l'immeuble qui est l'objet du litige; Liége, 8 décembre 1820 (*J. Av.*, t. 13, p. 278); Pau, 24 juillet 1835 (*J. Av.*, t. 50, p. 48); Cass., 6 décembre 1837 *J. P.*, t. 1 de 1838, p. 286). Il en était de même avant le Code de procédure, comme l'a jugé la Cour de Grenoble, le 20 février 1830 (*Journ.* de cette Cour, t. 5, p. 172).

Aussi n'est pas nul l'exploit d'ajournement, qui n'indique pas la nature des héritages, la commune où ils sont situés, leurs tenants et aboutissants, s'il porte en tête copie d'actes donnant toutes ces indications; Metz, 24 juillet 1821 (*J. Av.*, t. 13, p. 282); Bordeaux, 16 juin 1828 (*J. Av.*, t. 36, p. 48); Nîmes, 14 juillet 1829 (*J. Av.*, t. 42, p. 62). Mais si l'acte dont il est donné copie se contentait de mentionner les tenants et aboutissants sans désigner la commune, et qu'aucune autre circonstance ne suppléât à cette omission, l'exploit ne pourrait échapper à la nullité; c'est ce qu'a eu l'occasion de décider la même Cour de Nîmes, le 5 avril 1830 (*J. Av.*, t. 42, p. 62).

Au reste, l'on sent bien que ces désignations, exigées par l'art. 64, ne sont applicables qu'aux demandes qui ont pour objet un corps certain et déterminé; elles seraient impossibles et même inutiles, lorsqu'il s'agit d'une universalité d'immeubles. Voilà pourquoi les demandes en partage n'y sont pas soumises, encore que des immeubles soient compris dans les biens à partager; Besançon, 21 juin 1809; Liége, 21 juin 1810; Limoges, 24 décembre 1811 (*J. Av.*, t. 13, p. 131), et Bourges, 27 décembre 1826 (*J. Av.*, t. 33, p. 275).

Il en est de même, et par la même raison, des demandes en rescision de partage ou de cession de droits successifs; Limoges, 5 février 1817 (*J. Av.* t. 3, p. 442).]] **Supp. alph.**, v° *Ajournement*, n. 302 et 303.

Add. — 331 bis. *Faut-il nommer les propriétaires, ou du moins les locataires ou fermiers des propriétés auxquelles l'héritage tient ou aboutit?*

Cela ne devient nécessaire qu'autant que les tenants ou aboutissants n'auraient pas une dénomination propre, ou une situation telle que leurs noms suffisent pour qu'on ait la certitude que ce sont bien ceux de l'héritage qui est l'objet de l'action. **Carr.**

[[C'est aussi, et avec raison, l'avis de M. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 187.]]

332. *Pourrait-on réparer la nullité de l'exploit qui ne contiendrait pas les énonciations exigées par l'art. 64, en les signifiant par un acte postérieur, soit à la partie, soit à son avoué?* [[*En général, quel est l'effet d'un second acte pour réparer les nullités d'un acte antérieur?*]]

Nous ne le pensons pas, parce que l'exploit doit se suffire à lui-même, et contenir tout ce que la loi exige qu'il renferme, à peine de nullité.

---

droit romain. Nous pensons, qu'en général, on ne doit pas prononcer la nullité d'une assignation où les formalités sont suppléées ou corrigées par quelque équivalent, de manière que le vœu de la loi soit parfaitement rempli.

Ainsi la Cour de cassation, par arrêt du 1er janvier 1816 (V. *Nouv. Rép.*, v° *Aboutissants*), a décidé qu'un exploit en retrait lignager avait été suffisamment libellé, en ce que le contrat d'acquisition y était daté, et le motif de cette décision est que le demandeur n'ayant pu ignorer quel était l'héritage pour lequel la demande était formée, les formalités prescrites devenaient inutiles, puisqu'elles n'avaient été établies qu'afin de faire connaître au défendeur l'héritage dont on veut l'évincer. (*V.* cependant, pour les saisies immobilières, nos questions sur l'article 675).

Cependant cette signification a été autorisée par un arrêt du Parlement de Toulouse du 23 août 1737 (*V.* RODIER, sur les art. 3, 4 et 5 de l'ordonnance de 1667, *Quest.* 2e); mais il était entendu qu'elle devait être faite aux frais du demandeur.

Si cette décision pouvait encore être appliquée, nous penserions au moins que si la signification n'était pas faite avant l'expiration du délai de l'assignation, et même quelque temps auparavant, la nullité n'en serait pas moins opposée, avec succès, s'il paraissait, d'après les circonstances, que le défendeur, ignorant à raison de quel héritage il a été assigné, n'eût pas eu un temps suffisant pour préparer ses réponses.

[[M. FAVARD DE LANGLADE, t. 1, p. 139, tout en convenant que, sous l'ancienne jurisprudence, on pouvait réparer les omissions relatives à la désignation de l'immeuble par un acte subséquent, pense qu'il n'en serait pas de même aujourd'hui, l'art. 64 exigeant positivement qu'elles soient contenues dans l'exploit lui-même. Nous croyons aussi que telle est l'interprétation exacte de la loi, et cependant nous avons peine à blâmer la modération que la Cour de Montpellier a cru devoir apporter à sa rigueur, en décidant, comme M. Carré le fait dans son dernier *alinéa*, que l'omission de la désignation des biens dans l'exploit introductif d'instance est suppléée par cette mention dans un exploit en reprise d'instance, lorsque la nullité de l'acte primitif n'a été demandée qu'après la signification de l'acte en reprise. Cet arrêt est du 14 janvier 1830 (*J. Av.*, t. 39, p. 48; *V.* la *Quest.* 1615). Dans cette espèce, ce dernier exploit pouvait, jusqu'à un certain point, se suffire à lui-même, parce qu'il contenait toutes les formalités des assignations ordinaires.

Mais il ne faut pas croire que, de deux exploits signifiés l'un après l'autre, et qui contiendraient chacun une nullité différente, on pût, en réunissant les portions régulières, faire un exploit valable; ils ne peuvent s'appuyer l'un sur l'autre : chacun doit pouvoir se soutenir par ses propres forces, comme l'a jugé la Cour de Rennes, le 1er avril 1809 (*J. Av.*, t. 13, p. 130).

De même que de deux exploits successifs, l'un ne peut suppléer à ce qui manque à l'autre pour le valider; Rennes, 10 janvier 1818 (*J. Av.*, t. 13, p. 255); de même aussi, la signification du second ne peut nuire au premier, quoiqu'elle eût été faite dans la crainte qu'il fût nul, si en réalité il est valable; c'est-à-dire qu'en signifiant un second exploit, on n'est pas censé renoncer au bénéfice du premier en tant qu'il pourra valoir, et, par conséquent, la nullité du second n'entraînerait pas celle du premier; c'est une vérité reconnue par arrêt de la Cour de cassation du 27 avril 1813 (*J. Av.*, t. 13, p. 181, 3e espèce), et, par conséquent, il n'est pas nécessaire à la validité du second acte qui révoque le premier; Bruxelles, 14 février 1835 (*Journ.* de cette Cour, t. 2 de 1835, p. 23).

Une seule exception pourrait être admise à ce principe, pour le cas où le second exploit est signifié à la suite d'un jugement qui annulle le premier. Alors, en effet, il semble qu'il y ait acquiescement à la décision, et, par suite, renonciation au bénéfice de l'acte annulé : ainsi l'a jugé la Cour de Rennes, le 14 décembre 1810 (*J. Av.*, t. 1, p. 149), quoiqu'on trouve, au même volume, un arrêt de la même Cour, du 27 juillet 1810, qui décide le contraire.]]

ART. 65. Il sera donné, avec l'exploit, copie du procès-verbal de non-conciliation, ou copie de la mention de non-comparution (1), à

(1) Cette mention ne peut être considérée comme sujette, à titre de certificat, à la formalité de l'enregistrement. (*Décret du ministre des finances*, du 7 juin 1808, *S.*, t. 8, 2e part., p. 229.)

peine de nullité. Sera aussi donnée copie des pièces ou de la partie des pièces sur lesquelles la demande est fondée (1); à défaut de ces copies, celles que le demandeur sera tenu de donner dans le cours de l'instance, n'entreront point en taxe.

rif. 28. — [Notre comm. du Tarif, t. 1, p. 72 à 118, nos 35 à 48.] — Loi du 24 août 1790, tit. 10 art. 5. — Ordonn. de 1667, tit. 2, art. 6. — [Notre Dict. gen. de proc., vis *Exploit*, nos 22 à 35 *Signification*, n° 38. — Armand Dalloz, v° *Exploit*, nos 800 à 809. — Locré, t. 21, p. 257, n° 24. — QUESTIONS TRAITÉES : Est-il indifférent d'insérer la copie du procès-verbal de non-conciliation sur la même feuille qui contient l'exploit, de l'y insérer avant ou après, ou enfin de la donner séparément? *Q.* 333.—Mais suffit-il que la copie du procès-verbal de non-conciliation ait été donnée avec l'exploit, c'est-à-dire au commencement ou à la fin de cet acte, pour que cet exploit ne puisse être déclaré nul? Ne pourrait-il pas l'être s'il ne contenait pas la mention que cette copie ait été fournie? *Q.* 334. — Suffirait-il de donner extrait du procès-verbal du bureau de paix? *Q.* 335. — Comment les extraits abrégés doivent-ils être conçus? *Q.* 336. — Quand il est trop difficile de faire un extrait des pièces, peut-on en offrir communication par la voie du greffe? *Q.* 336 *bis*. — Si les pièces dont il faut donner copie étaient en langue étrangère, faudrait-il en donner la traduction? *Q.* 336 *ter*.—Lorsque plusieurs personnes sont assignées sur la même demande, faut-il leur donner copie des pièces? Ne suffirait-il pas de la fournir à une seule, en sommant les autres de prendre communication par ses mains? *Q.* 337.](2) V. *infra*, p. 383, Q. 334 *bis*; et p. 384, Q. 336 *quater*.

[[LIV *bis*. Aucune loi n'exige la signature de l'avoué à la suite de la copie des pièces qu'il fait signifier. Ainsi, l'absence de cette signature ne vicierait pas la signification : arrêt conforme de la Cour de Grenoble du 26 juillet 1824 (*J. Av.*, t. 27, p. 241).]]

333. *Est-il indifférent d'insérer la copie du procès-verbal de non-conciliation sur la même feuille qui contient l'exploit, de l'y insérer avant ou après, ou enfin de la donner séparément?*

Nous ne pensons pas qu'il soit dans le vœu de la loi que l'on sépare de l'exploit la copie du procès-verbal de non-conciliation. La loi de 1790 voulait qu'elle fût donnée *en tête*. Si le Code n'a pas répété cette disposition, on ne peut en conclure autre chose, si ce n'est que l'on est autorisé, comme le disent les auteurs du *Praticien*, t. 1, p. 310, à la placer au commencement ou à la fin, mais non qu'il soit permis de la fournir séparément. Le mot *avec*, dont se sert l'art. 64, nous paraît employé pour exprimer que cette copie sera donnée en même temps et conjointement avec l'exploit.

[[M. FAVARD DE LANGLADE, t. 1, p. 139, n° 7, est du même avis que M. Carré, sur l'un et l'autre des deux points, que cet auteur examine sous ce numéro.

---

(1) Il est bon de rappeler ici que l'art. 23 de la loi du 22 frimaire an VII, défend de faire usage, soit par acte public, soit en justice, de tous actes sous signatures privées qui n'auraient pas été préalablement enregistrés; que l'art. 41 défend aux huissiers et autres, sous peine de 50 fr. d'amende, outre le paiement du droit, de délivrer copie ou expédition d'un acte, *ni faire aucun autre acte* en conséquence, avant l'enregistrement, quand même le délai ne serait pas encore expiré.

(2) JURISPRUDENCE.

[Nous pensons que.

1° La nullité résultant du défaut de copie du procès-verbal ne peut être proposée pour la première fois en cause d'appel. (Paris, 29 pluv. an X, *S.*, t. 3, 2e part., p. 209, et *J. Av.*, t. 12, p. 431). *V.* notre *Q.* 739 *bis*.

2° Celui qui n'a pas fait notifier avec l'ajournement les titres justificatifs de la demande, ne peut avoir reprise des frais de la notification postérieure qu'il en fait sous l'appel. (Rennes, 17 fév. 1814, *J. P.*, 3e éd., t. 12, p. 104).

3° Les huissiers qui signifient des copies illisibles et incorrectes, sont passibles d'une amende de 25 fr., sauf leur recours contre les avoués certificateurs de ces copies. Cass. 21 avril 1836 (*J. Av.*, t. 51, p. 604), 25 avril 9 mai; Paris, 14 juin 1837 (*J. Av.*, t. 52, p. 380.]

Mais M. THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 164, ne pense pas que le mot *avec*, dont se sert la loi, soit tellement sacramentel, qu'il ne comporte point une signification séparée; car si le procès-verbal de non-conciliation, si le certificat de non-comparution, ont été déjà signifiés avant l'ajournement, ne serait-ce pas faire des frais inutiles, et, par conséquent, aller contre le but de la loi, que de les signifier de nouveau? Cette opinion nous semble raisonnable. Mais il ne faudrait pas en conclure que l'exploit, nul par l'omission de la formalité dont nous nous occupons, peut être validé par une signification postérieure du procès-verbal; les motifs que nous venons de faire valoir ne seraient plus applicables. *Voy.* notre *Quest.* 332.]] **Supp. alph.**, v° *Ajournem.*, n. 308.

334. *Mais suffit-il que la copie du procès-verbal de non conciliation ait été donnée avec l'exploit, c'est-à-dire au commencement ou à la fin de cet acte, pour que cet exploit ne puisse être déclaré nul? Ne pourrait-il pas l'être, s'il ne contenait pas la mention que cette copie ait été fournie?*

M. DELAPORTE, t. 1, p. 72, estime que le fait de la délivrance de copie du procès-verbal ne suffirait pas; c'est-à-dire que l'on n'aurait point satisfait à la loi, en donnant effectivement copie : *il faut*, dit-il, *que l'exploit fasse mention qu'elle a été fournie, autrement la nullité serait inévitable.* En effet, le défendeur ne montrant point sa copie, il n'y aurait pas de preuve que la formalité eût été observée. La prudence exige que l'on suive cette opinion : aussi trouve-t-on cette mention dans toutes les formules d'exploit d'ajournement. (*V.*, entre autres, la formule donnée par M. PIGEAU, t. 1, p. 122.)

[[Mais comme la mention de l'observation de cette formalité n'est pas exigée par la loi, c'est à celui qui prétend que la formalité a été violée, à le prouver; pour faire cette preuve, il faut bien que le défendeur montre la copie qu'il a reçue : ainsi, le raisonnement de M. Delaporte manque de fondement. Nous n'approuvons pas moins, comme très utile, pour lever toute difficulté, la précaution conseillée par M. Carré; mais nous ne saurions considérer cette omission comme une cause de nullité.]] **Supp. alph.**, v° *Ajournem.*, n. 309.

Supp. alph., v° *Ajournem.*, n. 310. *Le défendeur qui ne s'est pas concilié avec ses deux adversaires peut-il les faire assigner sans donner copie du procès-verbal?*

335. *Suffirait-il de donner extrait du procès-verbal du bureau de paix?*

Nous ne le pensons pas, et surtout par cette raison qu'en donnent les auteurs du *Praticien*, t. 1, p. 310 : c'est que, dans le même article, la loi ne permet de donner par extrait que les copies des pièces qui seraient trop longues; or, elle en eût dit autant du procès-verbal, si elle avait entendu permettre qu'on en fournît aussi la copie par extrait.

C'est aussi ce qui avait été décidé par application de la loi de 1790, art. 5.

[[Cependant un arrêt de la Cour de cassation du 27 floréal an X (*J. Av.*, t. 13, p. 58), a décidé qu'il suffisait de donner copie par extrait du procès-verbal de non-conciliation. Mais cette décision est fondée sur les termes de l'art. 2, tit. 1er de la loi du 24 août 1790, qui n'exigeait pas *copie du procès-verbal*, mais seulement *copie d'un certificat du bureau de paix, constatant que la partie a été inutilement appelée à ce bureau, ou qu'il a employé sans fruit sa médiation.* On voit donc que ce n'était pas la copie textuelle du procès-verbal qui était prescrite par l'ancienne loi.

L'arrêt de la Cour de cassation n'est donc plus applicable sous la nouvelle, et ne contrarie point l'opinion de M. Carré, que nous approuvons.

La Jurisprudence se montre néanmoins indulgente sur la régularité de la copie du procès-verbal. Un arrêt de la Cour de Rennes du 27 février 1811 (*J. Av.*, t. 13, p. 161), a validé un exploit, quoique la copie du procès-verbal dont il était accompagné n'en contînt pas la date; et la Cour de Montpellier

a jugé, le 9 mai 1838 (*J. Av.*, t. 55, p. 681), que des erreurs de noms, commises dans cette copie, n'étaient pas une cause de nullité, lorsqu'elles n'avaient point porté préjudice à la partie. Inutile de faire remarquer, dit M. FAVARD DE LANGLADE, t. 1, p. 139, que cette formalité ne regarde, point les demandes qui ne sont pas sujettes au préliminaire de conciliation. Quelque superflu que dût paraître en effet cette remarque, la Cour de Montpellier s'est vu néanmoins dans le cas d'en faire l'application, par l'arrêt que nous venons de citer.]]

336. *Comment les extraits abrégés doivent-ils être conçus?*

Il faut commencer par transcrire le préambule de l'acte, mettre la date, le nom et la qualité des parties contractantes; puis on transcrit la clause qui concerne la demande, et enfin on passe à ce qui fait la conclusion de l'acte; c'est-à-dire, la date de l'acte, si elle est à la fin, les noms des témoins et du notaire rapporteur, la relation de la signature des parties, des témoins, des notaires : tout cela, en effet, constitue la forme de l'acte, et la partie assignée doit en avoir connaissance. (*V.* RODIER, sur l'art. 6 du tit. 2, *Quest.* 2e).

[[MM. FAVARD DE LANGLADE, t. 1, p. 139, n° 8, BONCENNE, t. 2, p. 153, et BOITARD, t. 1, p. 255, s'expriment de la même manière, et c'est en effet en cela que doivent consister les extraits des pièces.]]

Add. 336 bis. *Quand il est trop difficile de faire un extrait des pièces, peut-on en offrir communication par la voie du greffier?*

Si nous posons cette question, c'est parce qu'il suffit que certains auteurs l'aient examinée pour qu'elle devienne un sujet de doute, et cependant il est bien difficile de concevoir l'impossibilité de faire un extrait de pièces quelles qu'elles soient. M. Commaille, l'un de ceux qui se sont néanmoins occupés de la question ci-dessus, t. 1, p. 132, rappelant une déclaration de 1564 sur l'ordonnance de Roussillon, art. 3, qui autorisait la communication par la voie du greffe, ajoute que le Code de procédure n'autorisant ni ne prescrivant cette mesure, on pourrait l'employer suivant la circonstance. M. FAVARD DE LANGLADE, t. 1, p. 139, n° 8, dit que les termes de l'art. 65, sont trop impératifs pour que l'offre de communication puisse remplacer la copie qui doit être donnée à la partie. Telle est aussi notre opinion, car il faudrait une disposition expresse du Code, pour que cette communication fût autorisée, et l'on sait qu'en matière de procédure on ne peut exiger que ce qui est permis. **Carr.**

[[Nous partageons l'opinion de M. Favard de Langlade, quoique la doctrine contraire ait été admise par un arrêt de la Cour de Bruxelles du 14 avril 1827 (*Journ.* de cette Cour, 1827, t. 2, p. 102), fondé sur ce que le défendeur n'avait pas suffisant intérêt à obtenir *copie des pièces.*]]

Add. — 336 ter *Si les pièces dont il faut donner copie étaient en langue étrangère, faudrait-il en donner la traduction?*

M. PIGEAU, *Comment.*, t. 1, p. 189, examinant cette question, dit que la loi n'ayant pas établi d'interprètes près les tribunaux, la traduction que ferait faire le demandeur n'aurait aucune authenticité, et le défendeur pourrait demander une copie qu'il ferait traduire lui-même, sauf le renvoi devant un interprète nommé par le tribunal dans le cas où les parties ne s'accorderaient pas sur le sens. Nous adoptons sans hésiter cette opinion, qui est aussi celle de M. Chauveau Adolphe. **Carr. Supp. alph.**, v° *Ajournem.*, n. 317.

Supp. alph., v° *Ajourn.*, n. 319 et suiv. *Peine encourue par l'huissier qui signifie des copies illisibles ou trop abréviatives?*

7 *Lorsque plusieurs personnes sont assignées sur la même demande, faut-il leur donner copie des pièces? Ne suffirait-il pas de la fournir à une seule, en sommant les autres d'en prendre communication par ses mains? (V.* nos questions sur l'art. 68.)

Suivant Jousse, sur l'art. 6 de l'ordonnance, on pourrait en agir ainsi à l'égard de plusieurs cohéritiers ou de plusieurs débiteurs solidaires. Rodier atteste que l'opinion de ce commentateur n'était pas généralement suivie; cependant M. Delaporte en fait l'application, t. 1, p. 73. Nous pensons, avec Rodier, que tous ceux qui doivent avoir copie de l'exploit, doivent avoir aussi copie des pièces, puisque la loi ne fait aucune distinction.

[[Comme une copie séparée de l'assignation doit être remise à chaque partie, et que l'art. 65 du Code de procéd. civ. dit qu'il sera donné avec l'exploit copie des pièces, il est évident que chaque exploit doit présenter l'accomplissement de cette formalité, et que dès lors chaque partie a droit à une copie des pièces; telle est aussi l'opinion de M. FAVARD DE LANGLADE, t. 1, p. 139, n° 8.]] Supp. alph., v° *Ajournem.*, n. 316.

ART. 66. L'huissier ne pourra instrumenter pour ses parents et alliés, et ceux de sa femme, en ligne directe à l'infini, ni pour ses parents et alliés collatéraux, jusqu'au degré de cousin issu de germain inclusivement : le tout à peine de nullité.

Ordonn. tit 2, art. 2. — Code de proc., tit. 22, art. 11, 16. — [Notre Dict. gén. de Proc., v° *Huissier*, n°s 11 à 24.—Devilleneuve, *eod.*, n°s 14 à 16 —Carré, *Comp.*, 2e part., liv. 1er, tit. 3, chap. 4, art. 182, éd. in-8°, t. 3, p. 66.— Locré, t. 21, p. 568, n° 30. — QUESTIONS TRAITÉES : L'huissier ne peut-il pas instrumenter dans une affaire où il a un intérêt personnel? *Q.* 337 *bis.* — Faut-il appliquer la prohibition portée en l'art. 66, aux exploits que les huissiers pourraient être chargés de faire contre leurs parents? *Q.* 338.—La nullité de l'exploit signifié par huissier, pour son parent, peut-elle être opposée par ce parent lui-même, sous prétexte de la parenté? *Q.* 339. — L'huissier pourrait-il instrumenter pour sa femme divorcée, ou pour les parents et alliés de sa femme décédée? *Q.* 340.—L'alliance est-elle rompue par le décès d'un des époux sans enfants? *Q* 341. — La défense faite à l'huissier d'instrumenter pour ses parents et alliés collatéraux, etc., doit-elle s'entendre des parents et alliés de sa femme, aussi bien que les parents et alliés de l'huissier lui-même? *Q.* 342.— L'art. 66, ne s'entend-il que de la parenté ou de l'alliance légitime? *Q.* 343. — La prohibition de l'art. 66 s'étend-elle aux exploits de signification des actes d'avoué à avoué? *Q.* 343 *bis.*—Un huissier peut-il exploiter pour un curateur à une succession vacante dont il est le parent au degré mentionné par l'art. 66? *Q.* 343 *ter.* — Que doit faire la partie quand un huissier refuse de lui prêter son ministère? *Q.* 344.

V. *infrà*, p. 386, Q 338 *bis*, et p. 391, Q 343 *quater.*

LV. On voit que l'art. 66 étend la prohibition faite par l'art. 4 aux huissiers des justices de paix, parce que le motif d'exclusion de ces officiers, lorsqu'ils sont parents aux degrés indiqués, est plus fort à raison de l'importance des affaires soumises aux tribunaux civils d'arrondissement et à ceux de commerce. (*Rapp. au Corps législ.*)

[[337 bis. *L'huissier ne peut-il pas instrumenter dans une affaire où il a un intérêt personnel?*

Si la crainte de le voir trahir les intérêts de la partie adverse, au profit du parent qui emploie son ministère, a fait introduire la prohibition de l'art. 66 (*V.* sous la *Quest.* 303), on ne peut disconvenir que ce motif a bien plus de force lorsqu'il s'agit d'une signification à faire à sa propre requête. S'il ne peut être témoin dans une cause où son parent est partie, la raison seule, indépendamment de la loi, n'indique-t-elle pas qu'il peut, encore moins s'être dans sa propre cause? C'est ce qu'enseignent formellement MM. THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 166; BONCENNE, t. 2, p. 190, et BOITARD, t. 1, p. 263 et ce qu'a décidé un arrêt de la Cour de Pau, du 7 juillet 1813 (*J. Av.*, t. 29 p. 405).

L'huissier ne pourrait non plus instrumenter pour son mandataire spécial, qui ne fait qu'un avec lui ; Cass., 24 nov. 1817 (*J. Av.*, t. 14, p. 620) ; ni pour son cointéressé, dans la cause où il est lui-même partie ; Poitiers, 26 nov. 1822 (*J. Av.*, t. 24, p. 329) ; il le pourrait néanmoins pour celui qui, figurant dans la même cause que lui, n'y aurait pas le même intérêt (même arrêt).

Toutes ces décisions sont approuvées avec raison par MM. Favard de Langlade et Thomine Desmazures.

Cependant le minime intérêt que chaque huissier peut avoir dans les contestations de la communauté, ne le rend pas incapable d'instrumenter pour celle-ci ; il en est une raison péremptoire, c'est que les actes deviendraient souvent impossibles à signifier, nul autre huissier que ceux de la communauté ne pouvant exploiter dans l'étendue de l'arrondissement. Telle est d'ailleurs la décision de la Cour d'Amiens, à la date du 14 juillet 1821 (*J. Av.*, t. 14, p. 630).]] **Supp. alph.**, v° *Exploit*, n. 54.

338. *Faut-il appliquer la prohibition portée en l'art. 66 aux exploits que les huissiers pourraient être chargés de faire contre leurs parents?*

Nous pensons, avec M. DELAPORTE, t. 1, p. 74 ; M. DEMIAU, p. 1, et les auteurs des *Annales du Notariat*, t. 1, p. 145, qu'il répugne aux bonnes mœurs et à l'honnêteté publique qu'un huissier fasse contre ses proches les actes de son ministère : sous ce rapport il serait sans doute répréhensible, et le tribunal pourrait le censurer. Les anciens recueils de jurisprudence fournissent même des exemples de condamnation à l'amende et à l'interdiction contre des huissiers qui s'étaient oubliés à ce point ; mais l'article 66, qui n'a eu d'autre objet que d'empêcher qu'un huissier ne puisse être tenté de servir une partie au préjudice de l'autre, s'est borné à lui défendre d'instrumenter *pour* ses parents et alliés ; et de là l'on doit conclure que la signification qu'il ferait contre ses proches serait valable ; autrement, on violerait la disposition de l'article 1030, qui défend de prononcer une nullité que la loi ne prononce pas (1).

[[Cette solution et l'observation restrictive qui l'accompagne, ne peuvent souffrir la moindre difficulté. On les retrouve dans MM. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 190 ; FAVARD DE LANGLADE, t. 1, p. 147, n° 1 ; THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 165 et 166 ; BONCENNE, t. 2, p. 190 et 191, et BOITARD, t. 1, p. 263.]] **Supp.**, p. 77. **Supp. alph.**, v° *Exploit*, n. 99. *L'huissier chez lequel domicile a été élu par le requérant peut-il instrumenter contre lui à ce domicile élu?*

339 *La nullité de l'exploit signifié par huissier, pour son parent, peut-elle être opposée par ce parent lui-même, sous prétexte de la parenté?*

Une considération principale nous porte, entre plusieurs autres, à résoudre négativement cette question. Le motif de l'art. 66 a été, comme nous venons de le dire, d'après les orateurs du gouvernement et du Tribunat, sur l'art. 4, d'empêcher que l'huissier ne fût tenté de servir une partie au préjudice de l'autre ; or, cette partie, que l'on pouvait craindre que l'huissier ne servît, est précisément celle qui l'aurait commis pour poser l'exploit : elle ne peut

---

(1) M. Merlin, au mot *Huissier*, semble adopter cette opinion, par le soin qu'il a mis, en rapportant l'art. 66, de faire imprimer le mot *pour* en lettres italiques.

En effet, *les prohibitions, les incapacités* légales ne doivent pas être étendues au delà des termes précis des lois qui les prononcent : *quod non est lege prohibitum, intelligitur esse concessum.* Telle était l'opinion de Rodier ; elle a été adoptée par la Cour de Liége, le 6 juillet 1811 (*S.*, t. 12, 2e part., p. 289, et *J. Av.*, t. 14, p. 583). c'est aussi celle de M. Demiau, p. 17, et des auteurs des *Annales du notariat*, p. 145.

donc être réputée avoir intérêt à en demander la nullité; il n'y a que le défendeur qui puisse l'opposer.

[[Cette solution est aussi celle de M. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 190; pour la combattre, on peut dire d'un côté que l'article ne fait aucune distinction, quant à la personne qui pourrait réclamer la nullité de l'exploit fait par un huissier, à la requête de son parent; et d'autre part, l'on verra, aux questions traitées sous l'art. 283, qu'il est généralement reçu en doctrine que le reproche résultant de la parenté peut être opposé par la partie parente du témoin, comme par celle qui ne l'est pas; parce que, dit-on, la parenté n'est pas toujours une cause d'affection, et alors elle est inévitablement un motif de haine. Or si l'huissier ne peut instrumenter pour son parent, c'est parce que l'exercice de ses fonctions est un véritable témoignage à rendre, pourquoi donc ne le traiterait-on pas, sous le rapport de la confiance ou de la suspicion, de même qu'un témoin ordinaire?

La réponse à cet argument se trouve dans cette autre considération que, lorsque la partie a produit elle-même le témoin, elle n'est pas admise à le reprocher, comme nous l'établissons, sous le même article 283 : or c'est la partie parente qui a choisi son huissier.]]

340. *L'huissier pourrait-il instrumenter pour sa femme divorcée, ou pour les parents ou alliés de sa femme décédée?*

Sur cette question, les auteurs du *Praticien*, t. 1, p. 301, s'expliquent ainsi :

« La question nous paraît douteuse; cependant il nous semble que, quoi-« qu'il y ait encore quelques rapports d'intérêts entre l'homme et la femme, « et que ceux-ci restent encore unis, au moins par leurs enfants communs, « lorsqu'il en existe, quoiqu'ils ne puissent se remarier, le divorce dissout « cependant le lien qui unissait le mari à sa femme et aux parents de celle-ci; « alors la prohibition n'existe plus. Nous penserions autrement dans le « deuxième cas : le mariage dissous par la mort n'a pas moins existé; il n'a « pas moins produit tous ses effets; et l'époux, en mourant, laisse subsister « tous les liens qui existaient entre ses propres parents et l'autre époux, ou « les parents de celui-ci. »

Cette solution nous paraît convenir sous plusieurs rapports à la question proposée; mais nous la développerons davantage en examinant celle qui suit.

Remarquons auparavant qu'elle est peu intéressante relativement à la femme divorcée; elle est de nature à se présenter rarement, soit parce que le divorce n'est plus admis dans notre législation, soit parce qu'il n'est guère présumable qu'une femme, dont tous les liens civils sont rompus avec celui qui fut son époux, s'adresse à lui pour ses affaires. Néanmoins, si le cas se présentait, il suffirait de considérer que ces liens sont rompus pour reconnaître que la prohibition portée en l'article 66 ne peut être appliquée (1).

[[C'est aussi, et avec raison, l'avis de M. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 190.]]

En ce qui touche l'alliance de l'huissier avec les parents de sa femme dé-

(1) Ce n'est pas que l'on ne sente que la femme divorcée qui s'adresse à un huissier auquel elle fut unie par le mariage, malgré tant de motifs qui sembleraient devoir l'éloigner d'avoir avec lui aucun rapport de confiance, ne paraisse avoir quelque intérêt secret à user de son ministère; mais, quoi qu'il en soit, la prohibition de la loi ne se rapportant qu'au seul cas de parenté ou d'alliance, on ne peut l'étendre à d'autres.

cédée, la question est de nature à se reproduire plus souvent : il est naturel de s'adresser pour ses affaires à un officier public auquel on est uni par tous les motifs d'affection, dont les auteurs du *Praticien* ont voulu prévenir l'influence, en décidant qu'après le décès de son épouse, un huissier ne peut instrumenter pour les parents et alliés de celle-ci.

Mais cette solution laisse à décider une autre question, qu'il est d'autant plus intéressant d'examiner, qu'elle peut se présenter en plusieurs cas, autres que celui qui nous occupe; par exemple, relativement aux témoins, aux récusations de juges, aux renvois pour cause de parenté ou d'alliance. Cette question est celle-ci :

341. *L'alliance est-elle rompue par le décès d'un des époux sans enfants ?*

Plusieurs de nos anciens auteurs posaient l'affirmative comme un principe général. «L'affinité cesse, dit le rédacteur de l'article *Affinité*, dans le *Dic-* « *tionnaire de Jurisprudence* de l'*Encyclopédie méthodique*, par la mort de « l'un des conjoints, lorsqu'il n'a laissé aucun enfant vivant. » Par conséquent, une partie ne pourrait récuser un juge dont la femme serait morte sans enfants, sous le prétexte de l'alliance qui a existé entre ce juge et sa partie adverse.

Mais ce principe ne paraissait pas certain, puisque, dans le cas même où l'un des conjoints décédait sans enfants, le mariage ne pouvait être contracté sans dispense avec une des personnes que le premier mariage avait alliées avec le survivant.

Cependant, par arrêt du 27 vendémiaire an X, la Cour de cassation a décidé, sur l'art. 358 du Code pénal de 1791, qu'un témoin *allié* veuf, mais ayant des enfants, ne pouvait être admis en témoignage, quand bien même il eût passé à un deuxième mariage, attendu, lit-on dans les considérants de l'arrêt, que les enfants *perpetuent l'alliance.*

De là la conséquence nécessaire que le décès sans enfants fait cesser l'affinité, qui, s'il est permis de parler ainsi, est une ombre de parenté qui s'évanouit avec l'objet qui l'a produite.

Cette conséquence trouve un nouvel appui dans le § 2 de l'art. 206 du Code civil, portant que l'obligation imposée aux gendres et belles-filles de fournir des aliments à leur beau-père et belle-mère, cesse lorsque celui des époux qui *produisait l'affinité* et les *enfants issus* de son union avec l'autre époux sont décédés.

Voilà sans doute des raisons au moins très spécieuses en faveur de l'opinion de ceux qui pensent que l'affinité cesse, soit par la non-existence d'enfants, soit par leur décès : ainsi, pour ne pas sortir de l'objet de la précédente question, l'huissier veuf, sans enfants, pourrait instrumenter pour les parents de sa femme, puisqu'ils ne seraient plus ses alliés (1).

---

(1) Il ne faut cependant pas conclure des autorités que nous venons de citer qu'il soit vrai, dans tous les cas, que l'affinité cesse par défaut d'enfants, de manière que l'on puisse ériger cette conséquence en principe général. Il en résulterait, par exemple, que le mariage serait permis entre le beau-frère, veuf sans enfans, et sa belle-sœur ; ce qui est contraire à l'art. 162 du Code civil, et à l'opinion générale.

Mais cet article doit être restreint au cas pour lequel il a été porté ; il n'a aucune application à la question que nous discutons. Il a pour objet, dit M. de Maleville, de prévenir la corruption des mœurs, qui se glisserait facilement à la suite des communications familières, si le mariage pouvait en effacer la honte. Ce motif est tout-à-fait étranger à ceux qui peuvent rendre un huissier récusable et suspect dans les fonctions de son office.

Dans la plus grande rigueur, et en raisonnant par analogie, on ne peut qu'appliquer à l'huissier, dans le cas de l'art. 66, ce que les art. 283. 310 et 378 du Code de procédure disent des témoins, des experts et des juges, et on en conclura, 1° que, dans le cas de l'art. 66, l'alliance, au delà du deuxième degré en ligne collatérale, et ses effets cessent pour l'huissier par le décès de sa femme sans enfants, comme pour les témoins, les experts et les juges, dans le cas des art. 283, 309 et 378 ; 2° que l'huissier dont la femme est décédée sans enfants, ne peut instrumenter pour les parents et alliés de sa femme en ligne directe, ses frères, beaux frères, sœurs et belles-sœurs.

[[MM. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 190, et THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 166, pensent, comme M. Carré, que la disposition de l'art. 66 a même motif, même étendue, même limite que celle des art. 283 et 378. Mais M. FAVARD DE LANGLADE, t. 1, p. 147, trouve qu'il serait trop rigoureux d'appliquer aux huissiers une règle qui n'est faite que pour les juges (il aurait dû ajouter et pour les témoins), dont les fonctions sont bien différentes. Il en conclut que, l'alliance étant détruite par la mort de la femme sans enfants, l'huissier peut dès lors instrumenter même pour son beau-père, son beau-frère, sa belle-sœur. Il est cependant bien difficile de penser que le motif qui fait reprocher un témoin lorsqu'il se trouve dans cette position ne soit pas suffisant pour rendre un huissier suspect de partialité. Aussi nous n'hésitons pas à embrasser l'opinion des auteurs précédemment cités, le texte de notre article ne nous paraissant rien contenir qui puisse exclure cette interprétation.

Les motifs d'un arrêt de la Cour de cassation du 24 février 1825 (*J. Av.*, t. 29, p. 58), peuvent aussi servir à l'appuyer.]] **Supp. alph.**, v° *Exploit*, n. 59.

342. *La défense faite à l'huissier d'instrumenter pour ses parents et alliés collatéraux, etc., doit-elle s'entendre des parents et alliés de sa femme, aussi bien que des parents et alliés de l'huissier lui-même?*

Les auteurs des *Annales du notariat* (Comm., t. 1, p. 144) décident affirmativement cette question, par argument des articles 283 et 378, qui étendent les prohibitions qu'ils prononcent aux parents ou alliés de la femme en ligne collatérale. Nous pensons que les principes de la législation, en matière de parenté, autorisent à interpréter l'art. 66 dans le sens adopté par ces auteurs, quoique la construction grammaticale de cet article paraisse exprimer le contraire.

[[La considération qui nous a déterminé sur la question précédente, nous engagerait encore à résoudre celle-ci pour l'affirmative, si le texte de la loi n'y resistait pas de la manière la plus formelle. Mais on ne peut s'empêcher de convenir que l'art. 66 a bien soin de distinguer la ligne directe de la ligne collatérale, à l'égard de la première prohibition d'instrumenter pour les alliés de la femme à l'infini; à l'égard de la seconde, l'article ne parle point des alliés de la femme, mais seulement des parents et alliés collatéraux de l'huissier. Il faut, selon nous, en induire, malgré l'avis de MM. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 190, et THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 166, qu'il n'y a pas de prohibition pour les alliés collatéraux de la femme. C'est ainsi que l'enseigne M. FAVARD DE LANGLADE, t. 1, p. 147 et 148, et cette doctrine a été sanctionnée par deux arrêts, l'un de la Cour de Lyon du 29 juillet 1824 (*J. Av.*, t. 29, p. 34), l'autre de la Cour de Pau du 9 nov. 1851 (*J. Av.*, t. 43, p. 510).]] **Supp. alph.**, n. 57.

343. *L'art.* 66 *ne s'entend-il que de la parenté ou de l'alliance légitime ?*

Les enfants naturels n'ont, aux yeux de la loi civile, d'autres parents que leur père ou mère ; ils n'ont point d'alliés. Cependant il existe une sorte de pa-

renté ou d'alliance naturelle entre eux et les parents ou alliés des auteurs de leurs jours. Lorsque ces liens naturels sont constants, nous croirions que la prohibition de l'art. 68 serait applicable, parce qu'il y aurait même raison de suspecter la foi de l'huissier, et qu'en recourant à l'analogie, en matière de témoignage dans les affaires criminelles, la Cour de cassation a décidé que la prohibition contre les témoins, parents ou alliés, s'entend de la ligne naturelle comme de la ligne légitime. (*V.* arrêt du 6 avril 1809, au *Journ.* de Denevers, et le *Nouveau Répertoire*, au mot *Témoins judiciaires*, et *J.Av.*, t. 11, p. 59.) (1)

[[La loi reconnaît aux enfants naturels d'autres parents que leurs père et mère, puisqu'elle leur accorde, dans certains cas, des droits sur la succession de leurs frères et sœurs naturels. Nous croyons, avec M. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 190, que l'existence ou l'absence de ces droits doivent servir de règle pour déterminer la limite de la capacité de l'huissier à l'égard de ses parents naturels La parenté naturelle étant en effet moins capable que la parenté légitime de produire une affection réciproque, nous ne la regarderions pas comme un motif suffisant d'exclusion pour l'huissier instrumentaire, si l'éventualité d'une succession ne venait s'y joindre et augmenter ainsi l'intérêt de cet officier public à commettre ou à favoriser une fraude. (*V.* notre *Question* 1106).]] **Supp. alph.**, v° *Expl.* n. 60.

Add. — 343 bis. *La prohibition de l'art.* 66 *s'étend-elle aux exploits de signification des actes d'avoué à avoué ?*

La généralité de ces termes : *l'huissier ne pourra instrumenter*, semblerait rigoureusement conduire à l'affirmative. M. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 189, pense le contraire d'après une considération que nous jugeons peu décisive. La véritable raison sur laquelle son opinion nous paraît fondée, c'est que les actes d'avoué à avoué n'étant point, en général, susceptibles d'annulation, et n'influant *en aucune manière sur le sort des affaires*, on n'a point à craindre que les liens du sang ou de l'affinité portent un huissier à sacrifier ses devoirs à l'intérêt de ses proches, en ne remettant pas les copies aux parties auxquelles l'exploit s'adresserait, en les exposant ainsi à toutes les conséquences de l'ignorance où elles seraient des assignations et significations dirigées contre elles. **Carr.**

[[Sous la *Quest.* 282, nous nous sommes expliqué, relativement aux nullités des actes d'avoué à avoué, en ce qui concerne la forme. Nous avons dit que nous ne connaissions pas d'autres formalités essentielles à ces actes que celles sans lesquelles ils ne rempliraient pas leur but, et ne constateraient pas, d'une manière suffisamment authentique, les faits dont ils doivent faire foi. En suivant la même idée, il nous semble difficile d'adopter, d'une manière absolue, la solution que MM. Pigeau et Carré donnent à la question actuelle ; car, parmi les actes d'avoué à avoué, il en est qui peuvent avoir beaucoup d'importance, faire courir des délais, conserver des droits qui n'auraient pu l'être plus tard ; en un mot, des actes dont l'existence, à telle ou telle date, peut être du plus grand intérêt pour la partie qu'ils concernent. Eh bien ! le motif d'exclusion pour l'huissier, parent de la partie, ne se montre-t-il pas ici avec la même force que s'il s'agissait d'un exploit ordinaire ? N'est-il pas à craindre que les liens du sang ne l'engagent à constater, dans l'acte dont s'agit, des faits qui n'ont pas

(1) Cette décision s'applique, à plus forte raison, à l'enfant adoptif dont la parenté est légitime ; mais, comme l'adoption n'établit aucune alliance entre les parents du père et ceux de l'enfant adoptif, la prohibition, ne s'applique que de l'un à l'autre.

[Cette remarque fort juste est reproduite par M. PIGEAU, *Comm.*, t 1, p. 190.]

eu lieu, dans le but, par exemple, de soustraire son parent à l'effet de quelque déchéance? Sans doute, dans bien des circonstances, l'acte d'avoué n'ayant qu'une forme sans portée, et son existence n'étant pas nécessaire à la validité de la procédure, la qualité de l'huissier qui l'aura signifié importera peu; alors, qui songera à réclamer une nullité qu'on pourrait, à meilleur droit que jamais, appeler *nullité sans griefs?* Mais, du moment que l'intérêt de l'opposer sera manifeste, quelle loi en interdira la faculté.]] **Supp. alph.**, v° *Exploit*, n. 64.

[[**343** ter. *Un huissier peut-il exploiter pour un curateur à une succession vacante dont il est le parent au degré prohibé par l'art.* 66 ? Quid *s'il est le parent d'un mandataire?*

Si l'on considère la succession comme un être moral qui seul agit, demande et défend, il est difficile de concevoir comment un huissier pourrait être empêché d'agir pour cette succession; mais si l'on remarque que cette succession vacante, être moral, n'agit, ne demande, ne défend que par l'organe et le ministère d'un curateur, alors il deviendra plus facile à concevoir que la question qui nous occupe puisse faire l'objet de quelque doute. Toute la difficulté consiste à savoir ce qu'entend l'art. 66 par ces mots : l'huissier ne pourra instrumenter pour ses parents, etc.; par le mot *pour* la loi veut-elle dire *dans l'intérêt*, ou *à la requête?*

L'huissier qui exploite pour le curateur d'une succession vacante exploite a sa requête; mais exploite-t-il dans son intérêt? Non. Quel est le but de l'article 66? De ne pas mettre les huissiers aux prises entre leur devoir et les intérêts de leurs parents les plus proches, de leur donner une indépendance qui puisse rassurer tous les intérêts; si ce n'est ce but, quel peut-il être? Dès que les parents de l'huissier au degré prohibé ne sont nullement intéressés dans la contestation, rien ne s'oppose à ce que l'huissier puisse exploiter.

Quel intérêt peut avoir le curateur à une succession vacante? Aucun absolument; il n'agit pas pour lui; il est étranger à tout. Nous ne voyons donc rien qui puisse empêcher l'huissier dont il serait parent d'exploiter pour lui.

Nous exceptons cependant les cas où le curateur peut être condamné en son nom personnel; par exemple, lorsqu'il a contesté pour établir que sa nomination devrait être maintenue.

Les mêmes motifs pourraient s'appliquer à plus forte raison au mandataire, puisqu'il représente un être réel et non fictif comme une succession vacante. L'huissier, parent au degré prohibé du mandant, ne pourrait exploiter; parent du mandataire, il le pourrait.]]

Supp. alph., v° *Exploit*, n. 65 et 66. *L'huissier actionnaire ou commanditaire peut-il instrumenter pour la société?* Quid *s'il est parent d'un associé en nom collectif?*

344. *Que doit faire la partie quand un huissier refuse de lui prêter son ministère?*

L'art. 42 du décret du 14 juin 1813, portant règlement sur l'organisation et le service des huissiers, porte qu'ils sont tenus d'exercer leur ministère toutes les fois qu'ils en sont requis, et sans acception de personnes, sauf les prohibitions pour cause de parenté et alliance portées par les art. 4 et 66 du Code de procédure.

Le même article déclare l'art. 85 du décret du 18 juin 1811 applicable à l'huissier qui, sans cause valable, refuserait d'instrumenter à la requête d'un particulier.

Ainsi, la partie aurait à s'adresser au président du tribunal, afin d'obtenir de lui une ordonnance portant injonction à l'huissier, qui, s'il persistait dans son refus, serait destitué, sans préjudice de tous dommages et intérêts, et des autres peines qu'il pourrait avoir encourues.

[[M. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 190, indique la même marche et c'est celle de la loi.]] **Supp. alph.**, v° *Exploit*. 76 et suiv.

ART. 67. Les huissiers seront tenus de mettre, à la fin de l'original et de la copie de l'exploit, le coût d'icelui, à peine de cinq francs d'amende payables à l'instant de l'enregistrement.

Tarif, 66.—[Notre Comm. du Tarif, t. 1, p. 119 et 120, n°s 53 à 58.]—Ordonn. de 1667, tit. 2, art. 5. —Code de proc., art. 1039.—[Notre Dict. gén. de Pr., v° *Exploit*, n°s 13, 14, 20 et 21.—Arm. Dalloz, *eod*, n°s 511 à 513. — Carré, *Comp.*, 2e part., liv. 1er, tit. 3, chap 5, art. 192, n° CX, éd. in-8°, t. 3, p. 81 —Locré, t. 21, p. 528, n° 19. — QUESTIONS TRAITÉES : Si l'huissier a excédé la taxe, l'exploit n'en sera-t-il pas moins valable? *Q.* 345. — De ces mots *payables à l'instant*, est-il permis de conclure que, si l'huissier ne payait pas *de suite*, le receveur de l'enregistrement pourrait retenir l'exploit? *Q.* 345 *bis*.— La disposition de l'art. 67 est-elle applicable même aux actes d'avoué à avoué? *Q.* 345 *ter*.] V. *infrà*, p. 393, Q. 345 *quater*.

LVI. L'obligation que l'art. 67 impose à l'huissier a pour objet, dans le cas où il exigeât pour le coût de l'exploit plus qu'il ne lui serait dû, que la partie intéressée puisse contester sa taxe. L'ordonnance exigeait qu'il mît au bas de l'exploit le reçu même de la somme, à peine de 20 fr. d'amende; mais comme il est possible que l'huissier n'en ait pas été payé de suite, on a dû supprimer cette disposition.

345. *Si l'huissier a excédé la taxe, l'exploit n'en sera-t-il pas moins valable?*

L'affirmative résulte clairement de l'article qui ne prononce pas la nullité, et qui, par conséquent, ne suppose que la répétition de l'excédant, sur la demande de la partie à la requête de laquelle l'exploit a été notifié

[[Cette solution n'est contestée par personne.]]

Add. — **345** bis. *De ces mots*, PAYABLES A L'INSTANT, *est-il permis de conclure que, si l'huissier ne payait pas* DE SUITE, *le receveur de l'enregistrement pourrait retenir l'exploit?*

Non, parce que l'art. 56 de la loi du 22 frimaire an VII lui défend de suspendre ou arrêter le cours des procédures, en retenant des actes ou exploits. Ce n'est qu'à l'égard des actes non timbrés qu'il aurait cette faculté, en vertu de l'art. 31 de la loi du 13 brumaire de la même année. Il ne doit que rapporter procès-verbal de la contravention, décerner une contrainte, et exercer les poursuites autorisées par la loi. **Carr.**

[[C'est aussi l'avis de M. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 191, et nous y adhérons.]]

[[**345** ter. *La disposition de l'art.* 67 *est-elle applicable même aux actes d'avoué à avoué?*

Il nous semble que les motifs qui ont fait introduire la règle de l'art. 67 ne s'appliquent pas aux significations des actes de palais. Pourquoi, en effet, le législateur a-t-il voulu que les huissiers fussent obligés, à peine d'amende, de mentionner le coût de leurs exploits? C'est principalement parce qu'il a craint que ces officiers n'exigeassent plus qu'il ne leur est dû. Mais une pareille crainte est-elle possible, lorsqu'il s'agit de significations à faire à des avoués, qui connaissent parfaitement le tarif, et lorsque, d'autre part, le coût de ces significations est toujours invariable et tellement modique qu'il s'élève à peine à quelques centimes.

Telles sont les raisons qui nous font penser, nonobstant une décision ministérielle du 21 février 1824, que les huissiers ne sont pas tenus de mentionner, soit sur l'original, soit sur la copie, le coût des significations faites d'avoué à

avoué. Cependant, comme l'usage contraire existe dans beaucoup de tribunaux, nous croyons devoir engager les huissiers à faire cette mention.]]

Supp. alph.. v° *Exploit*, n. 247. *Comment s'exécute la prescription de l'art.* 67?

ART. 68. Tous exploits seront faits à personne ou domicile; mais si l'huissier ne trouve au domicile ni la partie, ni aucun de ses parents ou serviteurs, il remettra de suite la copie à un voisin, qui signera l'original. Si ce voisin ne peut ou ne veut signer, l'huissier remettra la copie au maire ou adjoint de la commune, lequel visera l'original sans frais. L'huissier fera mention du tout, tant sur l'original que sur la copie.

Ordonnance de 1667, tit. 2, art. 3, 4.—Code de proc., art. 61, § 6. — [Notre Dict. gén, de Procédure, v^is *Actes respectueux*, n°s 21 à 31; *Appel*, n°s 351, 352, 425, 435, 436, 440, 464 à 466, 471, 499, 501, 505, 506, 509, 512, 525, 544, 551 à 557, 560 à 570, 650 et 656; *Exploit*, n°s 139, 140, 143, 149 *bis* à 170, 174, 175, 177, 180, 183 à 188, 190, 192, 195, 202 à 204, 209, 210, 214, 217 à 231, 233, 236 à 237*bis* 239, 241, 243 à 248, 252 à 255, 262 à 268, 272 à 292, 331 *bis*, 332, 370 à 381, 385, 395, 396, 402, 412; *Signification*, n°s 20 *bis*, 21, 27, 29, 43, 44, 47 à 51, 67, 75; *Surenchère*, n° 171; *Tribunaux*, n° 212 *bis*.—Devilleneuve, v^is *Appel*, n°s 127 à 136; *Exploit*, n°s 43 *bis* à 94.—Arm. Dalloz, v^is *Appel*, n°s 217 à 227; *Exploit*, n°s 219 à 506.—Carré, *Comp.*, 2e part., liv. III, tit. 2, chap. 2, art. 317, *Q.* 449, éd. in-8°, t. 6, p. 284.—Locré, t. 21, p. 258, n° 26; p. 403, n° 44; p. 529, n° 20; et p. 566, n° 29.—

QUESTIONS TRAITÉES : Un exploit d'ajournement peut-il être valablement notifié à la personne en quelque lieu qu'on la trouve? *Q.* 346.—Pourrait-on remettre la copie à la personne assignée trouvée au domicile d'un tiers? *Q.* 347.—L'exploit serait-il valablement remis par l'huissier, hors du domicile, à un individu qui lui aurait dit ou qu'on lui aurait dit être celui auquel cet acte s'adresse, ou, dans le domicile, à une personne qui dirait avoir qualité pour recevoir la copie, mais qui, en réalité, ne l'aurait point? *Q.* 348.—En combien de copies un exploit doit-il être signifié? *Q.* 348 *bis*.—L'exploit qui mentionnerait le nom de la personne à qui l'huissier a parlé, sans dire que copie lui en a été remise, serait-il valable? *Q.* 348 *ter*.—Une demande en lief de comminatoire doit-elle être notifiée à personne ou domicile, à peine de nullité? *Q.* 349.—Est-il des cas où une personne puisse être indifféremment assignée, soit dans un lieu, soit dans un autre, parce qu'elle serait censée avoir deux domiciles? *Q.* 350. —Les militaires doivent-ils être assignés au lieu où serait leur régiment? *Q.* 351. — Les marins doivent-ils être assignés à bord du vaisseau et au lieu où ils se trouveraient? *Q.* 352.—Mais si le marin ou le militaire n'avait aucune demeure autre que son bâtiment, et qu'on ne lui connût aucun domicile ancien, où devrait-on l'assigner? *Q.* 353.—L'exploit serait-il valablement remis au domicile d'un fondé de pouvoirs? *Q.* 353 *bis*.—L'assignation donnée à un nouveau domicile serait-elle valable quelle que fût la brièveté du temps depuis lequel il aurait été établi? *Q.* 354.—Si les créanciers de celui qui est partie dans un acte forment une demande comme exerçant les droits de leur débiteur, peuvent-ils assigner au domicile d'élection stipulé dans le même acte? *Q* 354 *bis*.—Si le demandeur ignorant le changement de domicile, fait assigner le défendeur au précédent domicile, l'assignation serait-elle valable? *Q.* 355.—Si un exploit était signifié au même domicile qu'au précédent exploit, la partie qui n'aurait pas opposé la nullité de celui-ci pourrait-elle conclure à l'annulation du second, par le motif qu'elle n'aurait pas son domicile dans le lieu où l'exploit aurait été signifié? *Quid*, si la partie elle-même a déclaré un domicile erroné dans ses actes de procédure? *Q.* 356. — L'exploit portant assignation d'un individu condamné au bannissement, devrait-il être notifié à sa personne ou à son domicile au lieu de son bannissement? *Q.* 357. — Peut-on signifier un exploit à la prison où l'assigné serait détenu? *Q.* 358. — Un individu antérieurement poursuivi pour crime, mais dont la mise en accusation n'aurait pas été prononcée, continue-t-il de jouir de ses droits civils, et peut-on valablement agir contre lui? *Q.* 358 *bis*. — L'exploit laissé à un enfant parent ou serviteur de l'assigné serait-il nul? *Q.* 359.—La disposition de l'art. 68 qui veut que l'exploit ne soit laissé au domicile qu'autant qu'on y rencontre ou parent ou un serviteur de l'assigné, doit-elle être appliquée avec un telle rigueur qu'on ne puisse admettre aucune exception? *Q.* 360. — La copie d'un exploit est-elle valablement laissée à un parent de l'assigné, trouvé accidentellement dans son domicile? *Q.* 360 *bis*.—L'exploit serait-il valablement remis aux parents ou serviteurs de l'assigné, trouvés hors de son domicile? *Q.* 360 *ter*.—Un clerc, un secrétaire, un commis seront-ils considérés comme des serviteurs, en sorte que l'huissier pourrait leur remettre valablement la copie? *Q.* 361. — Mais, lorsqu'il y a diversité d'intérêt, soit entre le propriétaire de la maison et ses locataires, soit entre ces derniers, et que l'exploit relatif aux contestations qui les divisent est remis au portier, celui-ci peut-il, en ce cas, être considéré comme le serviteur de celui auquel l'exploit est signifié? *Q.* 361 *bis*. — Quelles sont en général les précautions qu'un huissier doit prendre pour satisfaire complétement à la disposition de l'art. 61, qui exige que l'exploit contienne mention de la personne à laquelle la copie a été laissée? *Q.* 362. — Si l'exploit destiné à plusieurs personnes habitant ensemble est remis à une seule d'entre elles, sans désigner clairement laquelle, est-il valable? *Q.* 362 *bis*.—Mais l'exploit qui mentionnerait la remise à un domestique, ou à une servante domestique n'énonce-t-il pas implicitement, par l'addition de ce mot *domestique*, que cette servante est celle de l'assigné? *Q.* 363.—L'huissier est-il tenu de requérir la signature des parents ou des serviteurs à qui il remet la copie? *Q.* 363 *bis*. — L'huissier qui ne trouve personne au domicile de l'assigné doit-il, à peine de nullité, indiquer, dans l'exploit, la demeure et le nom du voisin auquel il offre la copie? Doit-il s'adresser à plus d'un voisin?

Q. 364. — S'il est douteux qu'un exploit soit nul, parce que le voisin auquel la copie aurait été offerte n'a pas été désigné par son nom et sa demeure, ne doit-on pas du moins prononcer la nullité de celui dont la copie aurait été remise au maire, s'il ne mentionnait pas que l'huissier n'a trouvé ni la partie, ni des parents ou serviteurs, ni des voisins? *Q.* 365. — Quest-ce qu'un domicile élu? Combien y a-t-il de sorte d'élections? Peut-on faire des significations à domicile élu? Dans quel cas? *Q.* 365 *bis.* — Le changement de domicile ou le décès de la personne chez qui l'élection a été faite et font-il cesser les effets? *Q.* 365 *ter.* — Quand un exploit est signifié à un domicile élu, la copie doit-elle être remise, en l'absence de la partie, de ses parents ou serviteurs, au voisin ou au maire, ainsi qu'elle doit l'être, lorsque l'exploit est fait au domicile réel? *Q.* 366. — Peut-on laisser la copie à un domestique du voisin? *Q.* 367. — A quelle distance faut-il que deux individus habitent pour qu'ils puissent être considérés comme voisins, de telle sorte que l'on ne puisse contester cette qualité à celui auquel l'huissier aurait remis la copie de l'exploit? *Q.* 368. — En cas d'absence ou de refus de *visa* du maire ou de l'adjoint, que doit faire l'huissier? *Q.* 368 *bis.* — Serait-il nul l'exploit dont la copie ne mentionne pas le visa apposé par le maire sur l'original? *Q.* 368 *ter.* — La notification des actes respectueux est-elle, comme celle de tout exploit, réglée par les dispositions de l'art. 68? *Q.* 368 *quater.*—Quelle peine encourt l'huissier qui ne remet pas lui-même, à personne ou domicile, la copie des pièces qu'il aurait été chargé de signifier? *Q.* 369. — L'huissier a-t-il le droit d'instrumenter au domicile même de la partie à laquelle il a une signification à faire, lorsque l'entrée ne lui en a pas été refusée? *Q.* 369 *bis.* — L'art. 68 déroge-t-il aux lois commerciales sur les formes à observer pour les protêts? *Q.* 370.] V. *infrà*, p. 401, Q. 348 *quater*, p. 430, Q. 365 *quater.*

LVII. La loi présente ici des règles certaines sur le lieu où les exploits doivent être donnés, et sur la personne à qui ils sont remis. Elle s'explique à cet égard avec clarté et précision, et a levé toutes les incertitudes qui existaient à ce sujet dans l'ancienne jurisprudence. On remarque que l'huissier est censé n'avoir trouvé personne, lorsqu'il n'a pu remettre l'exploit à un parent ou à un serviteur de la partie. On a pensé qu'il serait dangereux de laisser cette copie à un étranger qui se trouverait par hasard dans la maison. (*Rapport au Corps législatif.*) On verra néanmoins, par les décisions qui seront ci-après énoncées, qu'il ne faut pas prendre à l'extrême rigueur, et dans un sens très resserré, les trois qualifications employées dans l'art. 68 pour désigner les personnes de *la famille*, autrement *attachées à la maison de l'assigné*, et qui, en cette qualité, peuvent valablement recevoir la copie de l'exploit qui leur est adressée.

Add.—Au commentaire de cet article, nous ajouterons qu'une ordonnance royale du 20 août 1817 contient des règles particulières sur les significations à faire dans les palais, châteaux et maisons royales. (*V.* les articles ci-dessous transcrits à la note.) (1) **Carr.**

---

(1) **Add.**—Art. 1. « Les significations « aux personnes qui ont leur résidence habi- « tuelle dans nos châteaux, maisons royales « et leurs dépendances, seront faites en par- « lant aux suisses et concierges desdits pa- « lais; ils ne pourront refuser d'en recevoir « les copies, et il leur est enjoint de les « remettre incontinent à ceux qu'elles con- « cernent. »

Art. 2. « S'il échéait d'apposer les scellés, « de faire des inventaires et tous autres actes « judiciaires, d'exécuter des mandats de jus- « tice ou des jugements dans l'intérieur des- « dits palais, châteaux, maisons royales et « leurs dépendances, les officiers de justice « qui en seront chargés se présenteront au « gouverneur ou à celui auquel, dans son « absence, appartient la surveillance, le- « quel pourvoira immédiatement à ce qu'au- « cun empêchement ne leur soit donné, et « leur fera donner, au contraire, si besoin « est, tout secours et aide nécessaire, sans « préjudice des précautions qu'il croira de- « voir prendre, s'il y a lieu, pour la garde « et la police desdits palais.

Art. 3. « S'il est commis un délit ou un « crime dans lesdits palais, maisons royales « et dépendances, le gouverneur ou celui « auquel, en son absence, appartient la « surveillance requerra sur-le-champ le « transport du juge d'instruction du pro- « cureur du roi, ou du juge de paix, et lui « remettra le prévenu ou les prévenus s'ils « sont arrêtés.

Art. 4. « En cas que le transport du pro- « cureur du roi, du juge d'instruction ou « du juge de paix, ait lieu d'office, ils se « présenteront, ainsi qu'il est dit en l'art. 2, « ci-dessus, au gouverneur, qui leur don- « nera tous accès et facilités, ainsi qu'il « est plus amplement expliqué dans ledit « article. » **Carr**

346. ***Un exploit d'ajournement peut-il être valablement signifié à la personne, en quelque lieu qu'on la trouve ?***

Divers arrêts et édits, rapportés par les commentateurs de l'ordonnance, avaient consacré quelques exceptions au principe général que l'on peut signifier la copie de l'ajournement à la personne, quelque part qu'on la trouve. RODIER, en la première question posée sur l'art. 3 du tit. 2, nous fait connaître ces exceptions ; il s'exprime ainsi : « Un exploit qui serait donné dans une « église, ou dans une procession, ou dans un auditoire de justice, ne serait « pas valable, suivant les arrêts rapportés par PAPON, liv. 18, tit. 5, n° 27 ; un « exploit qui serait donné à un marchand, dans la bourse, loge ou place d'as- « semblée, ne serait pas valable, suivant l'édit de création de la juridiction « consulaire de Paris du mois de novembre 1563 ; et, par la même raison, « un exploit signifié à un juge, à un avocat, à un procureur, dans le lieu où « on exerce la justice, ne serait pas valable, à moins que ce ne fût à l'occa- « sion de leurs fonctions ou de leur ministère. »

Les auteurs du *Praticien*, t. 1, p. 313, et M. DELAPORTE, t. 1, p. 76, ont établi les mêmes exceptions sur la disposition de l'art. 68, qui porte que l'exploit sera donné *à personne* ou à domicile, et ils ont ajouté, pour les justifier, d'autres autorités que celles rappelées par Rodier.

M. PIGEAU, t. 1, p. 120, aux notes, se borne à dire que l'exploit ne peut être signifié ni dans les édifices consacrés au culte, et pendant les exercices religieux seulement, ni dans le lieu où les autorités constituées tiennent leurs séances, et pendant la tenue de leurs séances seulement. Ces deux exceptions, dit-il, établies pour la saisie-emprisonnement par l'art. 781, §§ 3 et 4, fondées sur le respect dû à la religion et à la justice, doivent être étendues à toutes sortes d'exploits.

Ainsi, d'après M. Pigeau, l'on pourrait signifier un exploit dans une église hors le temps des exercices du culte, et dans le lieu des séances des autorités constituées, si ces séances ne tiennent pas.

Nous examinerons, sur l'art. 781, la question de savoir si ces deux restrictions sont vraiment fondées. (*V.*, en attendant, DEMIAU CROUZILHAC, p. 478.) Quant à la question présente, nous ne croyons pas qu'un exploit fût déclaré nul, par cela seulement qu'il aurait été remis à la personne dans un des lieux indiqués par Rodier, ou dans les circonstances qu'il rapporte (1).

---

(1) En effet, cette nullité ne pourrait être motivée sur aucun texte de la loi, et l'article 1030 dispose qu'aucun exploit ne peut être déclaré nul, si la nullité n'en est pas formellement prononcée par elle. Invoquerait-on les autorités, les arrêts et édits cités par les anciens commentateurs ? Mais l'art. 1041 abroge toutes lois, coutumes, usages et règlements relatifs à la procédure civile. Dira-t-on qu'on doit se décider, comme l'a fait M. Pigeau, par l'analogie tirée des dispositions de l'art. 781 ? Mais, ces dispositions ayant un objet particulier, paraîtraient, au contraire, manifester que le législateur n'eût pas entendu prescrire de les suivre dans tous autres cas, et d'ailleurs, il y a, pour l'exercice de la contrainte par corps, pour l'arrestation d'une personne, des raisons qui ne militent pas relativement à la simple remise d'un exploit. On sent que l'arrestation peut entraîner du trouble, du scandale, dans certains lieux consacrés à la vénération publique, etc.

Nous ne croyons donc pas que l'exploit fût nul parce qu'il aurait été remis dans une église, au milieu d'une procession, dans l'auditoire d'un tribunal, à la bourse, dans tout lieu où siége une autorité constituée, même dans ceux où se tiennent les colléges électoraux d'arrondissement et de département.

Il faut remarquer d'ailleurs qu'il n'existe, depuis la publication de Code de procédure, aucune décision judiciaire qui ait annullé un exploit pour semblable cause, et que notre opinion est appuyée de celle de M. Merlin. (*V. Nouv. Répert.*, au mot *Ajournement*, n° 22.)

Voy., pour le mode de signification aux personnes habitant dans les maisons royales, l'ordonnance du 20 août 1817, *suprà*.

Add. — Nous venons de dire, contrairement à l'opinion que M. Pigeau faisait entrevoir dans son *Traité de la Procédure civile*, que nous ne pensions pas que l'on pût, hors le cas de l'art. 781, annuler un exploit d'ajournement ou tout autre, qui eût été remis dans une église, etc. Cette opinion a été adoptée par M. FAVARD DE LANGLADE, t. 1, p. 141, n° 2 : « On doit, dit-il, tenir pour « constant qu'un exploit ne serait pas nul par cela seul qu'il aurait été remis « à l'assigné dans un lieu public destiné au culte, et pendant l'office, ou dans « le lieu ou pendant les séances des autorités constituées. Mais si, en remet « tant son exploit, l'huissier cause du scandale, il devrait être poursuivi « conformément aux lois criminelles. »

Quoi qu'il en soit, M. Pigeau maintient formellement, dans son *Commentaire*, *t.* 1, p. 186, l'opinion qu'il n'avait fait qu'insinuer dans son *Traité;* il se fonde sur ce que la signification d'un exploit ne peut se faire sans que l'huissier écrive sur le lieu le *parlant à.....* et que l'accomplissement de cette formalité, ainsi que la remise de l'exploit, troublent l'attention et le respect qu'on doit observer dans les endroits dont il s'agit, etc., etc.

Nous répondons, 1° que, si telle avait été l'intention des auteurs du Code, il n'eussent pas supprimé, dans l'art. 58 du projet, une disposition qui défendait, *à peine de nullité*, de signifier l'exploit dans les lieux et dans les circonstances dont nous parlons. (LOCRÉ, t. 21, p. 257, n° 22.)— 2° Que la question qui nous occupe se trouve régie par l'art. 1030 qui dispose qu'aucun exploit ne peut être déclaré nul, *si la nullité n'en est pas formellement prononcée par la loi;* — 3° Que l'art. 781 décide le contraire, relativement à la saisie-emprisonnement, et que, quelles que soient les convenances sur lesquelles on voudrait appuyer une extension de cette disposition, elle serait contraire aux principes et à la lettre de la loi. **Carr.**

[[Nous approuvons cette doctrine avec MM. DALLOZ, t. 7, p. 779, n° 3, et BOITARD, t. 1, p. 253. Nous croyons cependant qu'il est convenable et prudent de s'abstenir de faire toute signification dans les lieux dont parle l'art. 781, et surtout dans ceux qui sont destinés au culte: car si, par suite de la remise de l'exploit, naissaient quelques troubles, quelques désordres, l'huissier serait menacé d'être poursuivi comme les ayant occasionnés.]] **Supp. alph.**, v° *Exploit*, n. 85.

347. *Pourrait-on remettre la copie à la personne assignée trouvée au domicile d'un tiers ?*

La loi du 22 frimaire an VIII, dite constitution de l'an VIII, porte, art. 76, que la maison de toute personne habitant le territoire français est un asile inviolable; que, pendant le jour, on peut y entrer pour un objet spécial déterminé, ou par une loi, ou par un ordre émané de l'autorité publique. De cette disposition, l'on pourrait conclure négativement la question ci-dessus posée, car aucune loi ne permet expressément d'entrer chez un tiers pour assigner quelqu'un qui se trouve dans sa maison; mais, dira-t-on, l'assignation est un objet déterminé par la loi. Nous répondons que la disposition précitée ne doit s'appliquer qu'aux matières de police ou à un objet qui concernerait personnellement le maître de la maison, et nous pensons que celui-ci serait autorisé à en refuser l'entrée à l'huissier; mais, s'il n'y mettait aucune opposition, l'exploit serait valablement notifié, conformément au principe général posé sur la question précédente.

Add. — Nous rétractons l'opinion qu'on vient de lire. Qu'il soit vrai, ce que nous maintenons, que le tiers soit en droit de refuser l'entrée de la maison à l'huissier, il n'en serait pas moins conforme aux principes sur lesquels nous avons fondé la solution de la *Quest.* 346 que l'assigné ne pourrait arguer l'exploit de nullité, si, malgré la résistance du tiers à donner à l'huissier l'en-

trée dans sa maison, celui-ci avait néanmoins remis la copie à la personne de celui auquel l'exploit s'adresse : l'officier ministériel serait seulement exposé aux peines prononcées par la loi contre l'auteur d'une violation de domicile. **Carr.**

[[La dernière opinion de M. CARRÉ nous semble préférable.]]

348. *L'exploit serait-il valablement remis par l'huissier, hors du domicile, à un individu qui lui aurait dit ou qu'on lui aurait dit être celui auquel cet acte s'adresse?* [[*Ou, dans le domicile, à une personne qui dirait avoir qualité pour recevoir la copie, mais qui, en réalité, ne l'aurait point?*]]

L'huissier ne doit remettre la copie à une personne trouvée hors du domicile et qui se dirait ou qu'on lui aurait dit être celle à laquelle l'exploit s'adresse, qu'autant qu'il la connaît lui-même, et alors il doit mentionner que cette personne lui est réellement connue pour être celle assignée. Autrement, il courrait risque d'être trompé, et de voir annuler son exploit par suite d'une inscription de faux, dont l'instruction apprendrait qu'il n'aurait pas remis la copie à l'assigné en personne. (*V.* DEMIAU-CROUZILHAC, p. 62.)

[[L'opinion de M. Carré est incontestable.

La seconde partie de la question peut se présenter dans deux cas : 1° Si l'huissier dit avoir remis la copie à une personne qui s'est déclarée le fils ou la servante de l'assigné, et qu'en réalité celui-ci n'ait ni fils ni servante; 2° s'il dit l'avoir laissée à un tel, désigné par son nom, et comme cousin ou domestique de la partie, et que le nom fasse connaître que ces qualités sont erronées.

On dira, pour soutenir la validité de l'exploit, que l'huissier ne peut connaître tous ceux qu'il trouve dans la maison de l'assigné, qu'il n'est pas obligé de faire une enquête sur la sincérité de leurs déclarations, et qu'il remplit suffisamment son devoir, lorsqu'il s'informe avec soin de la qualité de la personne qui se présente pour recevoir l'exploit, et ne le remet qu'à celle que les apparences et son propre aveu désignent comme réunissant les conditions légales. C'est aussi par ces considérations que s'est déterminée la Cour de Bourges, lorsqu'elle a décidé la négative de la question, le 16 septembre 1811 (*J. Av.*, t. 13, p. 179).

Mais ces raisons ne nous paraissent bonnes que pour sauver la responsabilité de l'huissier qui aura agi de bonne foi et sans négligence.

Pour prévenir la nullité de l'exploit, elles nous semblent sans force.

En effet, quel est le but des formalités prescrites, à peine de nullité, par l'article 68? C'est de faire que l'exploit parvienne sûrement à la personne de l'assigné, qu'il ne puisse être valablement actionné sans être averti, jugé sans être mis à même de se défendre.

Or, la loi pense que ce but ne peut être atteint qu'autant que la copie sera remise, soit à l'assigné lui-même, soit, à son domicile, à l'une des personnes désignées par l'art. 68. Si donc les choses n'ont pas eu lieu de la sorte, quelle que soit la bonne foi de l'huissier qui a instrumenté, la fraude de la personne qui l'a induit en erreur, il n'en sera pas moins vrai que la copie n'a point été laissée entre les mains auxquelles la loi a confiance, que cette copie est censée conséquemment n'être point parvenue à celui qu'elle concernait.

Qui doit en être la victime? Assurément ce n'est pas l'assigné qui pourra toujours se retrancher derrière le droit sacré de la défense. Le demandeur a seul à s'imputer de n'avoir pas choisi un huissier plus adroit, mieux informé, de ne lui avoir pas donné de meilleurs renseignements. Il ne peut pas plus échapper à la nullité que celui qui aurait mal désigné, soit le nom, soit le domicile de la partie qu'il voulait assigner. Ce système a été embrassé par la Cour de Bruxelles le 21 mai 1812 (*J. Av.*, t. 13, p. 188).]] **Supp. alph.**, v° *Exploit*, n. 119 et suiv.

[348 bis. *En combien de copies un exploit doit-il être signifié ?*

Puisque la copie est destinée à avertir la partie, ou qu'on l'assigne, ou qu'on lui signifie tel ou tel acte, il faut nécessairement, et à peine de nullité, qu'il y ait autant de copies que de parties intéressées; car remettre une seule copie à l'une d'entre elles, ce ne serait pas avertir les autres : celle même qui l'aurait matériellement reçue ne serait pas censée avertie, car rien n'indiquerait qu'elle lui fût personnellement destinée : dans une pareille hypothèse, on peut dire, à la rigueur, que l'exploit n'existerait pas (1).

Ce principe, enseigné par MM. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 178; FAVARD DE LANGLADE, t. 1, p. 143, n° 3; THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 167; DALLOZ, t. 7, p. 769; BONCENNE, t. 2, p. 220, et BOITARD, t. 1, p. 276, a été souvent appliqué par la jurisprudence, et notamment par la Cour d'Orléans, le 19 août 1812 (*J. Av.*, t. 13, p. 202); la Cour de Rennes, le 25 mars 1813; celle de Besançon, le 14 décembre 1818 (*J. Av.*, t. 13, p. 205); la Cour de cassation, le 15 février 1815 (*J. Av.*, t. 3, p. 426); et par les Cours de Poitiers, le 10 mai 1814 (*J. Av.*, t. 12, p. 460, 4e espèce); de Rennes, 10 juin 1820 (*J. Av.*, t. 3, p. 428); de Toulouse, 9 février 1821 (*J. Av.*, t. 3, p. 429); de Cass., 14 mars 1821 (*J. Av.*, t. 23, p. 83); de Lyon, 13 janvier 1825 (*J. Av.*, t. 28, p. 188); de Dijon, 3 mai 1827 (*J. Av.*, t. 40, p. 272); de Nimes, 14 mars 1828 (*J. Av.*, t. 34, p. 190); de Bruxelles, 15 juin 1829 (*J. Av.*, t. 38, p. 156); d'Agen, 14 décembre 1832 (*J. Av.*, t. 45, p. 687), et de Bourges, 3 mars 1837 (*J. Av.*, t. 53, p. 478, et *J. P.*, t. 1 de 1837, p. 480).

Il en est de même, en cas de domicile élu par plusieurs consorts, pour l'exécution d'un même acte ou d'un même jugement. Cette circonstance n'empêche pas qu'une copie séparée ne doive être laissée pour chacun d'eux, comme l'a jugé la Cour de Grenoble, les 10 juin 1817 et 28 juin 1822 (*J. Av.*, t. 13, p. 233), celle d'Orléans, le 25 mars 1831 (*J. Av.*, t. 42, p. 127), et la Cour de cassation de Belgique, le 13 mars 1833 (*J. Av.*, t. 46, p. 182). Néanmoins, la Cour de Bruxelles s'était prononcée en sens contraire, les 14 juillet et 6 octobre 1815 (*J. Av.*, t. 13, p. 232), et 13 mars 1824 (*Journ. de Bruxelles*, t. 2 de 1824, p. 83).

De même, lorsque les parties intéressées sont diverses communes, et que les copies laissées à leurs maires respectifs n'ont pu être visées par eux, l'huissier qui s'adresse au juge de paix ou au procureur du roi, pour obtenir de lui ce *visa*, conformément au § 5 de l'art. 69, doit remettre à ce magistrat autant de copies qu'il y a de communes assignées; cette nouvelle application du principe a été consacrée par la Cour de Grenoble, le 17 juillet 1832 (*J. Av.*, t. 43, p. 743), et par la Cour de cassation, le 1er avril 1834 (*J. Av.*, t. 47, p. 473).

M. Pigeau, *ubi suprà*, étend encore la nécessité d'une copie multiple, au cas où les divers assignés sont des débiteurs solidaires. En effet, ils ne peuvent être considérés comme réciproquement mandataires les uns des autres, aux fins de se défendre en justice, puisque l'art. 1208 suppose qu'il est des exceptions personnelles à quelques-uns d'entre eux, et défend aux autres de les opposer. Si un seul débiteur solidaire ne représente pas tous ses codébiteurs, il s'ensuit que la copie laissée à l'un d'eux seulement ne peut valoir pour les

---

(1) [Néanmoins, lorsqu'un exploit est signifié à l'avoué, comme la signification d'un jugement d'ordre, il suffit d'une seule copie, quoique cet avoué occupe pour plusieurs parties; c'est que l'avoué est mis alors à la place de toutes, que ce mandataire doit seul être averti, et qu'il ne le serait pas mieux par plusieurs copies que par une seule; (Poitiers, 11 mai 1826, *J. Av.*, t. 30, p. 422). Le même motif de remise d'une seule copie s'applique à tous les cas où la signification doit être faite à avoué; mais il en serait autrement de la signification à partie ou domicile. *V.* notre *Quest.* 1018 *ter.*]

autres, ni pour celui-là même qui l'a reçue, en vertu des principes ci-dessus exposés. Il faut donc une copie pour chacun.

Sans doute il est bon, lorsqu'on entame un procès, lorsqu'on forme une demande, de donner une copie pour chacun des codébiteurs, encore qu'on les interpelle en qualité de solidaires, parce qu'alors l'état du litige n'est pas fixé, parce qu'il se peut que l'un d'eux, ou quelques-uns d'entre eux aient des exceptions personnelles à proposer, la solidarité ou la dette elle-même à contester. Mais s'il s'agit d'une signification à faire, dans le cours d'une procédure, à des débiteurs dont aucun ne puisse plus nier ni la solidarité, ni la dette, ni proposer des exceptions personnelles, quel besoin de signifier à chacun d'entre eux, quel besoin, à plus forte raison, de laisser à chacun copie de l'acte qui serait adressé à tous? Nos principes, sur cette matière, seront développés sous la *Quest.* 645, t. 2, p. 68.

Par la même raison, si l'on suppose que l'exploit d'ajournement lui-même ait été donné en une seule copie à tous les solidaires, le jugement intervenu n'en sera pas moins valable et exécutoire contre ceux qui n'auront pas reçu cette copie, à moins qu'ils ne nient la dette, ou la solidarité, ou qu'ils n'opposent des exceptions personnelles. Mais s'ils n'élèvent aucune de ces contestations, ils ne seront pas admis à se plaindre que la procédure n'ait pas été dirigée contre eux; car leur consort, qui était en cause, était leur légitime représentant; tout ce qui a été fait contre lui est valable contre eux, du moment qu'ils se reconnaissaient solidaires dans toute l'étendue du mot.

Ce n'est donc qu'avec cette distinction qu'il faut admettre la décision de M. Pigeau.

Aussi, la Cour de Caen, ayant à statuer sur un exploit d'appel signifié à plusieurs parties qui prenaient la qualité de conjoints et solidaires, a décidé, le 8 janvier 1827 (*J. Av.*, t. 34, p. 29), qu'il avait pu l'être en une seule copie.

Les Cours de Metz et de Rennes paraissent avoir adopté, du moins implicitement, le même principe, en décidant, la première, le 21 juin 1822 (*J. Av.*, t. 24, p. 198), la seconde, le 24 juillet 1810 (*J. Av.*, t. 5, p. 51), qu'un débiteur solidaire ne peut invoquer la nullité de la copie qu'il a reçue, lorsque celle de son codébiteur est régulière; et encore la seconde, le 23 août 1817 (*J. Av.*, t. 13, p. 253), que, l'exploit étant nul vis-à-vis de l'un, l'autre doit être mis hors de cause Quoique contradictoires dans leur résultat, ces deux décisions semblent partir du principe qu'une seule copie suffit pour tous les débiteurs solidaires. La Cour de Toulouse a décidé, au contraire, le 25 juillet 1829 (TAJAN, t. 20, p. 296), que la nullité de la copie signifiée à l'un ne profitait pas à l'autre, ce qui suppose que chacun doit avoir la sienne, et que leurs effets sont séparés. Il faut remarquer que, dans cette cause, la légitimité de la dette était contestée, puisqu'il s'agissait d'une vente que l'on prétendait féodale. Une décision semblable à celle de la Cour de Toulouse a été rendue, le 23 décembre 1828 (*J. Av.*, t. 36, p. 162), par la Cour de cassation, pour le cas où les divers assignés ne sont pas solidaires.

En dehors de la solidarité en effet, la règle dont nous nous occupons ne cesse que lorsque les divers intéressés forment entre eux une union, une espèce de corps moral, comme les sociétés commerciales, ainsi qu'il résulte du § 6 de l'art. 69.

On a demandé ce qu'il fallait penser de la signification faite conjointement au mari et à la femme? Une seule copie suffira-t-elle?

Une jurisprudence unanime a répondu par la distinction suivante : Ou les époux sont communs en biens, et il s'agit dans la contestation de biens dépendants de la communauté. Alors, les deux époux sont considérés comme

une seule et même personne; ils sont valablement assignés par une seule copie; Cass., 1er avril 1812; 4 août 1817 (*J. Av.*, t. 13, p. 184); 20 avril 1818 (*J. Av.* t. 20, p. 518); 31 janvier 1827 (*J. Av.*, t. 33, p. 101); 8 avril 1829 (*J. Av.* t. 37, p. 315); 27 mars 1838 (*J. Av.*, t. 55, p. 425, et *J. P.*, t. 2 de 1838, p. 177); Caen, 11 janvier 1825 (*J. Av.*, t. 30, p. 20); Douai, 23 mars 1831 (*J. P.*, t. 2 de 1831, p. 357.)

Ou les époux sont séparés de biens, et il s'agit dans la contestation, soit de biens qui leur appartiennent par indivis, soit de biens particuliers à la femme, en sorte que le mari ne figure que pour l'autorisation. Dans ce cas leurs intérêts sont distincts; les copies doivent être séparées; Paris, 13 juin 1807 (*J. Av.*, t. 13, p. 43, 2e espèce); Cass., 7 septembre 1808 (*J. Av.*, t. 1. p. 123); 17 novembre 1823 (*J. Av.*, t. 25, p. 353); 10 janvier 1826 (*J. Av.*, t. 3, p. 400); Limoges, 8 mai 1816; 2 et 10 décembre 1821 (*J. Av.*, t. 23. p. 374); Rennes, 13 février 1818) *J. Av.*, t. 5, p. 87); Bourges, 6 mai 1822 (*J. Av.* t. 24 p. 142); Montpellier, 6 août 1822 (*J. Av.*, t. 13, p. 285); Pau, 14 juillet 1832 (*J. Av.*, t. 44, p. 288), et Nancy, 7 juin 1833 (*J. Av.*, t. 46, p. 356).

On trouve néanmoins, en sens contraire à cette dernière jurisprudence, les arrêts des Cours de Bourges, 1er juin 1814 (*J. Av.*, t. 3, p. 417); de Limoges, 5 février 1817 (*J. Av.*, t. 3, p. 142); de Bruxelles, 1er juin 1836 (*Journ.* de cette Cour, t. 2 de 1836, p. 248), et 2 février 1828 (Même *Journ.*, t. 1 de 1828, p. 187).

Mais les décisions précédentes, et le principe qui les a dictées, sont approuvés par les auteurs cités plus haut.

Néanmoins, M. PIGEAU, *Comm.*, t. 1. p. 179, ne croit pas qu'une seule copie suffise, même pour les époux communs en biens, lorsqu'il s'agit d'objets dont le mari n'a que la jouissance. Et cette opinion, quoique contrariée par plusieurs des arrêts que nous venons d'indiquer, nous paraît fondée, parce qu'alors les intérêts du mari ne se confondent pas avec ceux de la femme; qu'ils sont bien moindres que les siens, et qu'il importe au principal intéressé la femme, d'avoir une copie séparée, pour n'être point la victime de quelque frauduleuse intelligence entre son mari et l'autre partie.

Au reste, sous le régime dotal, et en matières de biens dotaux, une seule copie suffit pour le mari, parce qu'ayant l'administration de ces biens, il a seul qualité pour défendre, et que la femme ne doit pas même être assignée; c'est ce qu'a formellement jugé la Cour de Caen, le 13 juillet 1827 (*Journ.* de Rouen et Caen, t. 9, p. 253).

La règle d'une seule copie pour deux époux, même communs en biens, cesserait évidemment, s'il s'agissait de l'exercice d'un droit personnel à chacun d'eux, comme l'est celui de former opposition au mariage de leur fils. L'acte d'appel ou toute autre signification dans le cours de l'instance, devrait leur être laissé par copies séparées, ainsi que l'a décidé la Cour de cassation, le 23 janvier 1816 (*J. Av.*, t. 6, p. 500).

Il en serait de même de la notification d'un acte respectueux, destiné à obtenir le consentement des père et mère à un mariage; car c'est un droit individuel à chacun d'eux de le refuser, et le consentement du père ne suffit que lorsque le dissentiment est constaté. Les notaires doivent donc interpeller séparément les père et mère et recevoir leurs réponses. Le père ne peut être admis à les fournir pour tous les deux; Douai, 25 janvier 1815 (*J. Av.*, t. 1, p. 276). Par une suite nécessaire, copie séparée de l'acte doit être remise à chacun, comme l'ont jugé les Cours de Bruxelles, 5 mai 1808 (*J. Av.*, t. 1, p. 265). Caen, 12 décembre 1812 (*J. Av.*, t. 1, p. 270); Montpellier, 1er juillet 1817 (t. 1, p. 284), et Rennes, 2 mars 1825 (t. 28, p. 135), contrairement néanmoins aux décisions des Cours de Bruxelles, 9 janvier 1824 (*J. Av.*, t. 34, p. 359); et de Colmar, 3 décembre 1828 (*Journ.* de cette Cour, t. 24, p. 226), lesquelles n'ont point donné de motif plausible de cette jurisprudence.

Une autre exception à la règle générale, qui exige autant de copies que d'assignés, a été consacrée par la Cour de cassation, le 7 floréal an XIII (*J. Av.*, t. 13, p. 81), pour le cas d'un mineur émancipé et de son curateur, ayant le même domicile, et assignés par le même exploit. M. MERLIN, *Répert.*, t. 1, p. 180, dit que cette exception se justifie notamment par la circonstance que l'exploit s'adressait au mineur, et qu'il avait été remis en parlant à la personne du curateur, ce qui ne laissait pas supposer que ni l'un ni l'autre eût pu l'ignorer. Ces circonstances, particulières à l'espece, peuvent, si l'on veut, justifier la decision de la Cour; mais, en principe, il nous semble, ainsi qu'à M. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 178, que les deux copies séparées sont indispensables. Dans les affaires où il faut l'assistance du curateur, dit M. Pigeau, la copie à un seul rendrait l'assignation nulle à l'égard des deux, puisqu'ils ne peuvent procéder l'un sans l'autre.

Mais ces regles étant dans l'intérêt des parties, elles peuvent y renoncer, et, si plusieurs consorts, en désignant à leur partie adverse un mandataire commun, ont déclaré qu'ils voulaient recevoir chez lui toutes les significations en une seule copie, on ne peut porter en taxe des notifications faites autrement, à moins qu'une de ces parties ne soit décédée ou n'ait changé d'état; Bordeaux, 29 août 1828 (*J. Av.*, t. 36, p. 145).

Les parties peuvent aussi renoncer en général à toutes les règles relatives à la signification de l'acte d'appel; Orléans, 7 juin 1820 (*J. Av.*, t. 13, p. 276).

Il est inutile de faire remarquer que, lorsqu'une personne est assignée sous diverses qualités, par exemple, en son propre nom d'un côté, et, de l'autre, comme représentant une tierce personne, dont elle est le tuteur ou le mandataire, etc., plusieurs copies ne sont pas necessaires, puisque, faisant double emploi dans sa main, ces copies ne rendraient pas l'avertissement plus clair ni plus certain. Cette vérité incontestable résulte, au besoin, de deux arrêts de la Cour de cassation des 20 décembre 1816 et 7 janvier 1818 (*J. Av.*, t. 13, p. 241]] **Supp. alph.**, v° *Exploit*, n. 79 et suiv.

[[**348** ter. *L'exploit qui mentionnerait le nom de la personne à qui l'huissier a parlé, sans dire que copie lui en a été remise, serait-il valable?*

La Cour de Grenoble a décidé l'affirmative dans une espèce où l'huissier s'était adressé à la partie assignée elle-même, 7 février 1822 (*J. Av.*, t. 13, p. 283).

Quoique cet arrêt puisse se justifier en quelque sorte, en disant qu'il n'était pas douteux que la partie ne fût prevenue, puisque l'exploit constatait qu'elle avait reçu l'avertissement sans intermédiaire, et de la bouche même de l'huissier; cependant, il nous parait que, d'après l'esprit de la loi, ce n'est pas dans un avertissement oral que consiste la signification de l'exploit; la remise de la copie en est une partie essentielle, afin que, demeurant entre les mains de l'assigné, elle puisse former son titre et lui servir à proposer les nullités dont ce titre pourrait être vicié.

Or, la remise de la copie étant indispensable, la mention de cette remise l'est aussi; car l'exploit doit fournir la preuve de l'accomplissement de toutes les formalités.

Nous pensons donc, avec la Cour de cassation, 3 novembre 1818 (*J. Av.*, t. 21, p. 278), que l'exploit, rédigé comme le suppose la question, serait nul.

Mais on ne pourrait pas dire réciproquement qu'il en fût de même de celui qui nommerait la personne qui a reçu la copie, sans désigner celle à qui l'huissier a parlé; car la première de ces deux mentions contient virtuellement la seconde. Ainsi l'a décidé avec raison la Cour de Grenoble, le 11 août 1820 (*J. Av.*, t. 13, p. 277).]] V. *Q.* 1018 *ter.*

Supp. alph., v° *Exploit*, n. 115. *Y a-t-il nullité de la copie remise au domicile de la partie récemment décédée?* Q. 348 *quater.*

349. *Une demande en lief de comminatoire doit-elle être notifiée à personne ou domicile à peine de nullité?*

Nous examinerons, sur les art. 451 et 480, si l'action en lief de comminatoire st encore recevable aujourd'hui, et en quel délai elle devrait être formée. Il nous suffit ici de dire que cette action a pour objet de faire juger de nouveau une affaire qui ne l'a été que *dans l'état* où elle le trouvait, et faute d'avoir fourni *telles pièces*, *telles preuves*, qui, si elles l'avaient été, eussent pu motiver une décision différente. Dans l'hypothèse que cette action soit admise, nous avons à placer ici un arrêt de la Cour royale de Rennes du 22 novembre 1811, 3e chambre (*J. Av.*, t. 13, p. 180), lequel décide, *dans cette supposition*, que la demande dont il s'agit ne pourrait être considérée que comme principale, et qu'elle ne pourrait être signifiée au domicile de l'avoué qui aurait occupé lors du premier jugement. En effet, l'art. 1038 ne peut être appliqué à un pourvoi qui, loin d'avoir pour objet l'exécution du jugement, tend, au contraire, à l'anéantir.

[[Cet arrêt nous semble bien rendu, en supposant, ce que nous contestons, que les demandes en lief de comminatoire soient encore admissibles.]]

350. *Est-il des cas où une personne puisse être indifféremment assignée, soit dans un lieu, soit dans un autre, parce qu'elle serait censée avoir deux domiciles?*

On ne trouve point, dans le Code civil, dit M. MALEVILLE, t. 1, p. 126, la décision de la question de savoir si le même individu peut avoir plusieurs domiciles. L'affirmative, ajoute-t-il était constante dans l'usage et suivant les lois 6 et 27, ff., *ad municipalem.*

RODIER, sur l'art. 3, tit. 2 de l'ordonnance, § 3 de la 7e *Quest.*, dit :

« Si les marchands ou gens d'affaires ont leur commerce ou magasins distri-
« bués en plusieurs lieux, ils sont censés avoir plusieurs domiciles. »

Le même commentateur rapporte (au n° 13) deux arrêts, l'un de Paris, l'autre de Toulouse, qui ont jugé qu'une personne qui a maison garnie en deux endroits où elle a habité tour à tour également, a deux domiciles. Il conclut de ces arrêts qu'on peut assigner cette personne à l'un ou à l'autre ; cependant, ajoute-t-il, en chose considérable, le parti le plus sûr serait de signifier à celui des deux domiciles où la partie se trouverait au temps de l'exploit. C'est l'avis de Masuer, titre des *Ajournements*, n° 25.

M. Maleville semble partager l'opinion de Rodier. En effet, dit-il, si un homme était également établi en deux endroits qu'il habitât successivement, sans qu'il eût fait de déclaration pour fixer son domicile exclusivement dans l'un, pourquoi ne pourrait-il pas être assigné valablement dans les deux?

Quoi qu'il en soit, il nous paraît résulter de l'ensemble de la discussion du Code civil, au Conseil d'État, et telle était aussi l'opinion formelle de M. Tronchet, opinion qui, comme le fait observer M. Malville, mérite les plus grands égards, que le législateur, par l'art. 102 de ce Code, a entendu établir positivement l'unité du domicile. Ce ne fut même que parce qu'il fut reconnu que cet article exprimait formellement cette intention, qu'on retrancha comme inutile la disposition du projet qui portait que *la loi ne reconnaît au citoyen qu'un seul domicile.* (V. *Esprit du Code civil*, par M. LOCRÉ, t. 2e, p. 213.) (1)

(1) Il ne serait donc pas prudent, dans les circonstances dont parlent Rodier et M. de Maleville, de poser l'exploit avant de s'être procuré tous les renseignements

Add. — Sur cette question, M. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 192, dit que, « relativement aux assignations, l'usage est de considérer la personne comme domiciliée au lieu où elle habite réellement, et les significations qui y sont faites comme valables, parce que ceux qui veulent les faire ont juste sujet de regarder son habitation actuelle comme son domicile, et qu'ils ne sont pas obligés de savoir si elle n'a pas été habiter auparavant un autre lieu, ni de chercher les preuves de ce changement. »

Nous avons ainsi décidé, mais dans l'hypothèse où l'huissier aurait vainement essayé de se procurer les renseignements nécessaires pour connaître le véritable domicile de la partie, tel qu'il est défini par l'art. 102 du Code civil. A cet égard, nous insistons pour que l'huissier qui a des doutes ne néglige pas, comme il arrive souvent, de s'informer à la mairie si l'assigné n'aurait pas fait une déclaration de changement de domicile, conformément à l'article 103 du même Code. **Carr.**

[[Quoique la Cour de Bruxelles ait décidé, le 28 mars 1815 (*Journ.* de cette Cour, t. 1. de 1815, p. 258), qu'aucune loi ne s'oppose à ce qu'un citoyen ait deux domiciles, en déclarant qu'un sénateur, dont le domicile de droit est au lieu où il exerce ses fonctions, peut conserver néanmoins celui où il avait précédemment le centre de ses affaires, il nous paraît difficile d'adopter un pareil système en présence de la législation du Code civil; et nous croyons, avec MM. CARRÉ, TOULLIER, MALEVILLE et BONCENNE, t, 2, p. 188, que la loi ne reconnaît qu'un seul domicile à chaque Français.

Mais nous convenons aussi qu'en matière de signification, trop de rigueur serait déplacée, et que la différence entre le domicile de droit et le domicile de fait, très-importante lorsqu'il s'agit de régler la compétence, l'est beaucoup moins pour la validité de l'exploit, en sorte qu'une assignation donnée au domicile de fait est valable, lorsque le domicile de droit n'est pas connu; c'est ainsi que l'a jugé le 27 août 1807 (*J. Av.*, t. 12, p. 449), la Cour de Paris, dont MM. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 192, et DALLOZ, t. 7, p. 779, nos 5 et 6, approuvent la doctrine.]] **Supp. alph.**, vo *Ajournement*, n. 327.

351. *Les militaires doivent-ils être assignés au lieu où serait leur régiment?*

Le domicile de l'officier ou du soldat, dit RODIER, sur l'art. 3 du tit. 2 de l'ordonnance, *Quest.* 7e, no 6, est le lieu où se trouve le régiment dans lequel il sert. Les auteurs du *Praticien* répètent cette assertion, t. 1, p. 285; et de là on pourrait conclure que le militaire dût être assigné là où se trouve le corps.

DUPARC-POULLAIN, dans ses *Principes de droit*, t. 2, p. 6, maintient le contraire.

On a considéré que, le Code de procédure gardant le silence par rapport aux militaires, ceux-ci se trouvaient par là même compris dans la règle générale; que les procureurs du roi n'ont aucune mission pour leur faire parvenir la copie par l'intermédiaire du ministre de la guerre, alors même qu'on

---

possibles, qui seraient de nature à donner l'assurance que le défendeur ne pourra prouver qu'il ait son domicile dans un autre lieu que celui où la signification lui aurait été faite. Ces renseignements consisteraient, par exemple, dans la connaissance du lieu où le défendeur acquitterait ses contributions personnelles, exercerait ses droits politiques, ferait le service de garde national, remplirait ses devoirs de religion, dans le vu d'actes où il aurait exprimé son domicile, etc. (*Voy.* M. DE MALEVILLE, t. 1, p. 123.)

Si cependant, il y avait impossibilité de se procurer de tels renseignements, il faudrait du moins suivre le conseil donné par Rodier, de signifier au lieu où résiderait la personne au moment de cette signification.

saurait où ces militaires sont en garnison, et qu'enfin l'art. 69, § 8, ne leur était point applicable, puisqu'ils ne peuvent être réputés absents et ne sont point étrangers.

Il est conséquemment de jurisprudence uniforme et désormais fixée, que la seule marche régulière est d'assigner les militaires à leur véritable domicile, c'est-à-dire à celui qu'ils avaient au moment de leur départ.

[[C'est ce qu'a jugé, avec raison, la Cour de Rennes, le 5 août 1812 (*J. Av.*, t. 13, p. 201), et ce qu'enseignent MM. DALLOZ, t. 7, p. 779, n° 8, et BONCENNE, t. 2, p. 205.]] **Supp. alph.**, v° *Ajournement*, n. 328 et 329.

352. *Les marins doivent ils être assignés à bord du vaisseau et au lieu où ils se trouveraient?*

On prononcerait affirmativement d'après les auteurs du *Praticien*, qui disent, t. 1, p. 286, n° 12, que le domicile des matelots et marins est dans leur vaisseau. Rodier disait aussi, n° 10 de la 7e *Quest.* sur l'art. 3 du tit. 2 de l'ordonnance, que les matelots, les patrons de barque et autres personnes de cette espèce, *qui sont toujours à naviguer*, n'ont d'autre domicile que leur vaisseau; mais le commentateur prend soin d'avertir que s'ils avaient quelque part, en propriété ou à louage, une maison où ils eussent coutume de s'arrêter ou de séjourner dans l'intervalle de leur course, on doit dire que c'est là leur domicile, surtout s'ils y ont leur famille, leur ménage et leur bien (1).

[[Nous pensons, avec MM. DALLOZ, t. 7, p. 779, n° 8, et BONCENNE, t. 2, p. 205, qu'il ne peut y avoir, à l'égard du marin, aucune exception au principe général de l'art. 68.]] **Supp. alph.**, v° *Ajournem.*, n. 330 et 331.

353. *Mais si le marin ou le militaire n'avait aucune demeure autre que son bâtiment, ou le lieu de résidence de son régiment, et qu'on ne lui connût aucun domicile ancien, où devrait-on l'assigner?*

A son domicile d'origine; et, s'il était inconnu, on se conformerait à la disposition du huitième paragraphe de l'art. 69 (2).

[[Cela est évident, en supposant que le vaisseau ne soit pas en rade.]]

---

(1) Cette restriction de Rodier est parfaitement juste, et s'accorde avec la disposition de l'art. 102 du Code civil. Ainsi, ce serait seulement au lieu dont il parle qu'il faudrait poser l'exploit, encore bien que le vaisseau ne fût pas tellement éloigné, qu'on ne pût notifier à bord. Il en serait de même si le marin était en voyage. Nous appliquerons ici ce que nous avons dit du militaire sur la question précédente. (Cass., 20 fruct. an XI, DENEVERS, an XIII, p. 57, § 3, *infrà*, art. 419).

(2) En tous cas, l'exploit donné à bord à la personne assignée est valable, conformément à l'art. 1er du tit. 11 de l'ordonnance de la marine; à l'art. 419 du Code de procédure, et au principe général consacré par l'art. 68, que l'exploit est régulièrement signifié à la personne, en quelque lieu qu'on la trouve.

Mais nous ne croirions pas que l'huissier qui ne rencontrerait pas l'assigné pût laisser l'exploit à un marin du bord, même en prenant la précaution de lui faire signer l'original comme à un voisin, conformément à l'art. 68. En effet, l'art. 419 n'autorise à remettre l'exploit *à bord* qu'autant qu'on y trouve la personne. (V. *les questions traitées sur l'art.* 419.)

[Tel n'est point l'avis de MM. FAVARD DE LANGLADE, t. 1, p. 144, n° 8, et DALLOZ, t. 7, p. 779, n° 9, qui pensent que, relativement aux contestations énoncées par l'art. 418, la loi a voulu assimiler le vaisseau au domicile, en sorte que les exploits puissent y être laissés, même en l'absence du marin qu'ils concernent; leur avis nous semble juste: en effet, s'il ne s'agissait dans l'art. 419, que d'assignation remise à personne, quelle serait l'utilité de cette disposition? elle ne ferait que confirmer une règle générale et de droit commun, qui certes n'avait pas besoin de confirmation. *V.* la *Quest.* 1504.]

Add. 353 bis. *L'exploit serait-il valablement posé au domicile d'un fondé de pouvoir?*

Oui : ainsi qu'il a été jugé par un arrêt de la Cour de Liége du 4 fév 1812 (*J. Av.*, t. 13. p.183), mais pour le cas seulement où sa procuration conférerait pouvoir au mandataire de représenter le défendeur en justice, soit, en termes généraux, sur toutes les demandes qui seraient formées contre lui : soit, à plus forte raison, pour cause d'une action désignée, ou lorsqu'il s'agirait d'un acte d'appel, lorsque le mandataire aurait été chargé d'exécuter tous jugements, *d'en appeler* et d'élire domicile, etc., même Cour, 3 mai 1808 (*J. Av.*, t. 13. p. 113). Mais il n'en serait pas ainsi à l'égard d'un mandataire *ad negotia* qui n'aurait que des pouvoirs généraux d'administrer. L'exploit d'ajournement ou l'acte d'appel devraient être signifiés au dernier domicile, ou au domicile d'origine, comme nous l'avons dit sur les *Quest.* 351 et 353. **Carr.**

[[Nous ne saurions approuver l'opinion de M. Carré sur cette question La procuration qu'une personne aura donnée à une autre, même a l'effet de la représenter en justice, soit généralement, soit dans une affaire spéciale, peut bien créer des droits et des devoirs entre le mandant et le mandataire, mais non conférer les uns ou les autres à des tierces personnes.

Nous ne croyons pas qu'un pareil mandat puisse donner le droit à un tiers d'assigner le mandant au domicile du mandataire. Le défendeur ne pourrait-il pas se plaindre que le vœu de l'art. 68 n'a pas été rempli, que l'exploit n'a été remis ni à sa personne, ni à son domicile? On ne pourrait lui opposer le mandat par lui donné; car cet acte ne lui a fait contracter aucune obligation à l'égard des tiers, et il était libre d'ailleurs de le révoquer à chaque instant.

L'assignation ne serait donc pas valablement posée au domicile du mandataire. Ainsi l'ont jugé les Cours de Turin, le 6 fruct. an XIII (*J. Av.*, t. 13, p. 82), de Bruxelles, le 16 avril 1813 (*J. Av.*, t. 13, p. 148), de Rennes, le 17 juill. 1819 (*J. Av.*, t. 13, p. 269), et le 21 fév. 1820 (*J. Av.*, t. 13, p. 274), et 28 janvier 1836 (*J. Av.*, t. 52, p. 180); à plus forte raison ne pourrait-on notifier un acte à la personne qui a reçu pouvoir d'élire domicile pour l'assigné, lorsqu'elle n'a pas use de ce pouvoir; et cependant la Cour de cassation a maintenu une signification ainsi faite, le 24 juin 1806 (*S.*, t. 14, 1re part., p. 39, *J. P.*. 3e éd., t. 5, p. 386, et *J. Av.*, t. 13, p. 869.

On cite cet arrêt, dit M. Boncenne, t.2, p.219, comme on signalerait un écueil. M. Merlin le réprouve aussi, *Rép.*, t. 16, p. 194, et cependant une troisième décision analogue est émanée de la Cour de Liége, le 12 juin 1812 (*J. Av.*, t. 19, p. 313).

La Cour de Rennes a aussi jugé le 14 juillet 1819 (*J. Av.*, t. 21, p. 283) que l'acte d'appel peut être notifié au domicile d'un mandataire porteur de pouvoirs illimités, qui a fait sommation de lui notifier tous les exploits relatifs aux objets en contestation.

Mais nous ne pouvons non plus approuver cette décision, car le mandataire ne peut, par son propre fait, se conférer des pouvoirs qui n'auraient pas leur source dans son mandat originaire.

Néanmoins, le 28 juin 1826 (*J. Av.*, t. 31, p. 311), la Cour de cassation a reconnu que, dans les colonies et notamment à la Martinique, il est d'usage constant et fondé sur un édit rendu en 1781, que les absents ou non résidants soient valablement assignés, en matière civile, en la personne et au domicile de leurs fondés de pouvoirs, lorsque ces pouvoirs donnent droit aux mandataires de défendre à l'espèce de demande formée contre le mandant.

C'est la seule exception admise au principe général.]]

Supp. alph., v° *Exploit*, n. 92.

354. *L'assignation donnée à un nouveau domicile serait-elle valable, quelle que fût la brièveté du temps depuis lequel il aurait été établi ?*

Rodier, dans la 7e *Question*, sur l'article déjà cité de l'ordonnance, dit, n° 15, que l'assignation donnée à un domicile bien constant serait valable, n'y eût-il qu'un seul jour d'écoulé depuis le changement de domicile. A l'appui de cette décision qu'adopte M. Maleville, sur l'art. 103 du Code civil, il cite Bouchet, sur la Coutume de Bourgogne, Dumoulin, Brodeau et Ferrière.

On ne saurait contester, sans doute, que, dans le cas où le changement de domicile est constant, l'assignation ne soit valable; mais il faut convenir que, toutes les fois que l'assigné n'aurait pas fait la déclaration prescrite par l'art. 104 du Code civil, celui-ci, lorsque l'assignation est donnée dans un temps très rapproché du changement de domicile que le demandeur croit avoir été opéré, peut avoir une foule de prétextes plausibles, pour ne pas dire de raisons, d'opposer qu'il n'a pas entendu effectuer ce changement.

En effet, l'art. 103 du Code civil dispose que le changement de domicile s'opère par le fait d'une habitation réelle dans un autre lieu, joint à l'intention d'y fixer son principal établissement; et, d'un autre côté, l'art. 105 porte qu'à défaut de la déclaration prescrite par l'art. 103, la preuve de l'intention dépend des circonstances.

Or, on entrevoit combien il serait difficile de prouver cette intention, lorsque l'assignation serait donnée dans un temps très rapproché d'un changement de résidence, que le demandeur considererait comme changement de domicile. Il est fort probable qu'en ce cas l'on manquerait de la plupart des circonstances qui pourraient faire décider, par le juge, que le défendeur n'a pas eu seulement l'intention de changer sa résidence, mais qu'il a voulu changer de domicile. Ce serait aux tribunaux à balancer la bonne foi des deux parties : il n'est guère possible de donner en ce cas des raisons générales de décider; mais dans le doute, et pour éviter toute confusion sur la validité de l'exploit, la prudence ne conseillerait-elle pas de poser l'assignation au lieu du dernier domicile? Cette question sera résolue au moyen de la solution qui sera donnée sur la *Quest.* 355.

[[On y verra que l'assignation devant, d'après nous, être nécessairement donnée au domicile actuel, il n'y aurait pas plus de prudence à s'adresser au domicile que l'on présume abandonné qu'à celui que l'on présume nouvellement acquis.

On prendra les renseignements les plus exacts, et on s'y conformera. Si l'assigné conteste, les tribunaux seront juges de la bonne foi des deux parties, comme le dit M. Carré; mais, en supposant qu'elles fussent toutes deux de bonne foi, ce ne pourrait être au défendeur à supporter les suites de l'erreur commise par sa partie adverse.

Car, d'après ce qu'a jugé avec raison la Cour de Limoges le 1er septembre 1813 (*J. Av.*, t. 13, p. 218), lorsque les faits et les circonstances indiquent dans une partie l'intention d'opérer le changement de domicile, il n'est pas nécessaire, pour qu'il soit effectué légalement, que la résidence nouvelle soit établie depuis un temps plus ou moins considérable.]]

Add. — 354 bis. *Si les créanciers de celui qui est partie dans un acte forment une demande, comme exerçant les droits de leur débiteur, peuvent-ils assigner au domicile d'élection stipulé dans ce même acte ?*

Oui, sans doute, c'est la conséquence naturelle de la disposition de l'article 1166 du Code civil : car l'élection de domicile n'a rien qui soit *personnel*

au débiteur. Un arrêt de la Cour de Colmar du 5 août 1809 (*J. Av.*, t. 13, p. 169), l'a jugé de la sorte. Mais nous remarquerons avec M. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 192, qu'il n'en serait pas ainsi dans le cas où les créanciers attaqueraient l'acte qui stipulerait cette élection de domicile. **Carr.**

[[Cette dernière décision nous paraît conforme aux principes.

M. DALLOZ, t. 7, p. 796, n° 6, demande si l'élection de domicile faite dans un acte peut profiter à un tiers non partie dans cet acte. Au premier aspect, il semble, dit cet auteur, qu'un tiers ne peut en rien s'immiscer dans cette élection, que légalement il l'ignore quand il la connaîtrait par le fait; il nous paraît néanmoins, après réflexion, ajoute-t-il, que toute personne intéressée à intervenir dans l'exécution pourrait signifier son intervention au domicile élu. Le résultat de cette faculté laissée au tiers serait souvent la conservation de droits qui, sans cela, se réduirait à rien, et son interdiction introduirait dans les effets de l'élection de domicile une distinction que la loi n'a nullement consacrée. C'est aussi l'avis de M. MERLIN, v° *Domicile élu*, p. 21.

Cette solution serait justifiée, dans le cas d'une intervention à un procès déjà existant entre les parties contractantes, par les principes qui régissent la connexité. Mais que le tiers pût assigner directement au domicile élu par son débiteur dans un acte qui lui est étranger, encore que l'objet de l'assignation fût le même que celui de l'acte, c'est ce que nous ne pouvons admettre; les conventions ne peuvent introduire de dérogation à la loi, qu'à l'égard des personnes qui les ont faites ou de leurs ayants cause.]]

355. *Si le demandeur, ignorant le changement de domicile, fait assigner le défendeur au précédent domicile, l'assignation serait-elle valable?*

Rodier distingue « ou l'assignation a été laissée à quelqu'un, ou elle a été « affichée à la porte. » Dans le premier cas, cet auteur croit que l'assignation serait annulée, parce que celui auquel elle aurait été donnée ne serait pas du nombre des gens ou domestiques de l'assigné; mais, dans le second, il croit qu'elle serait valable, s'il n'y avait pas longtemps que l'assigné eût changé de domicile, parce qu'on a pu ignorer ce changement, qui n'est censé connu qu'après un certain temps.

Mais quel est ce temps? « On pourrait, ajoute Rodier, conclure, par argu- « ment de l'art. 173 de la Coutume de Paris, et d'un arrêt rapporté au *Journ.* « *du Palais*, t. 1, p. 106, qu'on peut entendre un an. » Mais il préfère l'induction qui se tire de l'édit de 1697, concernant le domicile nécessaire pour recevoir la bénédiction nuptiale dans une paroisse, lequel édit exige six mois pour ceux qui demeureraient auparavant dans une paroisse du même diocèse, et un an pour ceux qui demeureraient dans un diocèse différent.

« Cette opinion, dit M. Maleville, paraît bien raisonnable, en substi- « tuant toutefois les départements aux diocèses, et en fixant un délai uniforme « de six mois, conformément à l'art. 74 du Code civil.

« Cependant, ajoute-t-il, je crois qu'il faut distinguer l'effet que doit avoir « le changement de domicile relativement à l'individu qui le change, d'avec « celui qu'il peut produire relativement à des tiers : quant à l'individu, le « changement joint à l'intention doit opérer de suite son effet; ainsi il peut, « dès ce moment, être imposé aux charges locales de sa nouvelle habitation; « s'il décède, c'est là que sa succession s'ouvre; mais, quant aux tiers auxquels « son intention ne peut de suite être connue, à moins de la déclaration dont « parle l'art; 104, je crois qu'il faut suivre l'opinion de Rodier et des auteurs « qu'il cite. »

Nous ne balançons pas à répondre affirmativement, relativement à la circonstance où celui auquel l'huissier aurait laissé la copie ne se serait pas dit

parent ou serviteur de l'assigné; car, dans le cas contraire, nous croirions l'exploit valable, sauf au défendeur à prouver que le demandeur ne pouvait ignorer son changement de domicile. En effet, si Rodier déclare nul l'exploit remis à une personne trouvée en l'ancien domicile, ce n'est pas par le motif qu'il aurait été remis ailleurs qu'au domicile de l'assigné, c'est parce qu'il l'aurait été à d'autres individus qu'à un parent ou à un serviteur; de même que l'exploit remis au domicile actuel de l'assigné serait nul, s'il avait été laissé à un étranger (1).

---

(1) Mais supposons, ce qui arriverait le plus souvent, que l'huissier ne trouvât, au lieu de l'ancien domicile qui lui est indiqué comme domicile actuel, personne qui se dît parent ou serviteur de l'assigné, alors appliquera-t-on à l'exploit remis au voisin, ou à son défaut au maire, ce que Rodier dit de l'exploit qui aurait été affiché conformément aux dispositions de l'ordonnance; formalités que l'art. 68 du Code de procédure a remplacées par cette remise au voisin ou au maire?

On peut dire, pour l'affirmative, que, dans le cas où il y a de justes raisons d'admettre que le demandeur ignorait le changement de domicile, on doit, par rapport à lui, considérer l'ancien domicile comme domicile actuel, en sorte que tout ce qui doit être décidé à l'égard de celui-ci doit l'être à l'égard de l'autre. C'est une conséquence de ce que Rodier, et après lui M. de Malleville, disent, et avec raison, que le changement de domicile ne peut préjudicier aux tiers qui l'ont ignoré.

Néanmoins, on doit remarquer qu'il y a une grande différence entre afficher l'exploit, comme le prescrivait l'ordonnance, et le remettre à un voisin ou au maire, ainsi que le veut l'art. 68 du Code de procédure.

L'ordonnance, en prescrivant que l'huissier afficherait l'exploit lorsqu'il ne trouverait au domicile aucun individu auquel il fût autorisé à le remettre, ne prévoit point de circonstances possibles qui puissent procurer à l'huissier des renseignements sur le changement de domicile. Il est probable aujourd'hui qu'au lieu d'afficher la copie de l'exploit, il doit la remettre au voisin ou au maire; qu'il pourra apprendre d'eux que l'assigné a changé de domicile; ils lui déclareront ou qu'ils ne savent quel est le lieu de son nouvel établissement, ou que ce lieu est en telle ville ou commune. Il est certain, d'ailleurs, que l'huissier qui trouve la maison qu'habitait l'assigné occupée par d'autres personnes, acquiert déja une sorte de certitude d'un changement d'habitation, qui entraîne la présomption d'un changement de domicile.

Mais de ce qu'il est possible que l'huissier reçoive de tels renseignements, nous ne pensons pas que l'exploit puisse être déclaré nul, parce qu'il aurait été remis à un voisin ou au maire, que l'on présume devoir les lui donner. Il est, en effet, également possible qu'ils négligent de les lui fournir.

D'un autre côté, la circonstance que l'huissier trouve la maison de l'assigné occupée par des personnes qui sont étrangères à sa famille ou à son service, n'est pas encore une raison suffisante pour qu'il s'arrête et ne remette pas la copie au voisin ou au maire; il n'a point à juger s'il résulte de là un changement de domicile, il doit remplir sa commission, et celui qui jusque-là avait de justes motifs d'ignorer ce changement de domicile peut, en raison de cette ignorance, maintenir la validité de son exploit, d'autant que le simple changement d'habitation n'est point une presomption légale du changement de domicile : on peut aller résider dans une autre ville avec l'intention de conserver domicile et dans l'esprit de retour.

Au surplus, nous remarquerons avec M. Proudhon (V. *Cours de Droit français*, t. 1, p. 125), que dans le doute sur le changement de domicile, c'est à celui qui allègue ce changement à en fournir la preuve, parce qu'un domicile, celui d'origine ou autre, étant avéré, on doit lui conserver tous ses effets, tant qu'il n'est pas prouvé qu'ils aient été anéantis par l'acquisition d'un autre domicile également certain. C'est aussi ce qui a été décidé par arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles du 29 juin 1808 (*S.*, t. 9, *suppl.*, p. 153, et *J. Av.*, t. 8, p. 533)

Tout ce que nous venons d'établir est fondé sur l'ignorance où le demandeur se trouve d'un changement de domicile opéré depuis peu de temps par le défendeur; mais enfin, il doit exister une époque où cette ignorance n'est plus présumable, où il est probable, au contraire, pour ne pas dire certain, que le demandeur a acquis la connaissance du changement de domicile. Cette époque n'a point été fixée par le Code civil;

[[A cette question se rattache encore celle que M. Carré traite sous le n° 371, et qui consiste à savoir si, lorsque l'huissier ne trouve pas la partie au domicile qu'elle s'est donné, ni aucun de ses parents ou serviteurs, il doit, pour lui faire parvenir la copie, user des voies que lui trace l'art. 68, en s'adressant au voisin ou au maire; ou bien, s'il doit, la considérant comme n'ayant pas de domicile connu, s'adresser au procureur du roi, suivant la marche indiquée par l'art. 69, § 8.

Nous distinguerions volontiers, pour la solution de l'une et de l'autre question, le cas où il s'agit d'un premier exploit, ou d'un exploit isolé, de celui où il s'agit de significations faites postérieurement, au même domicile, quoique celui-ci eût été abandonné pendant le cours de l'instance.

Dans le premier cas, validera-t-on l'exploit remis soit à l'ancien domicile, soit à un voisin, soit au maire?

Cela nous semble impossible.

Quelle différence y a-t-il entre la remise de l'exploit à un domicile abandonné de la partie, et celle qui aurait lieu à un domicile qui n'aurait jamais été le sien?

N'est-ce pas au moment même où il commence son attaque que le demandeur doit s'informer du lieu où il convient de la diriger? Peut-il invoquer comme excuse la connaissance qu'il avait de l'ancien domicile, et l'ignorance où il peut être du nouveau, lorsque le changement s'est réellement opéré avec toutes les conditions légales? A-t-on dû l'en avertir officiellement et dans une forme particulière? Non : car on n'était pas obligé de prévoir son attaque : on n'avait eu jusqu'alors avec lui aucune relation judiciaire. (*V.* notre *Quest.* 354.)

Le demandeur doit se conformer à la loi : rien ne lui est plus facile que de savoir que l'assigné a quitté son ancien domicile : il peut être moins aisé de découvrir le nouveau; le § 8 de l'art. 69 lui offre, dans ce cas, une ressource; ce sera aux tribunaux de décider s'il se trouvait dans les conditions de bonne foi nécessaires pour être admis à en user. Mais qu'il laisse l'exploit à l'ancien domicile, comme si c'était toujours celui de la partie, on ne peut le souffrir sans porter la plus grave atteinte à la loi, qui veut que la copie parvienne à l'assigné, et que, pour cela, elle soit remise à sa personne ou à son domicile. Parce qu'un citoyen aura usé de son droit, en transportant ailleurs son principal établissement, devra-t-il être exposé à ne pouvoir se défendre, à être condamné sans avertissement préalable? Les prescriptions de la loi n'ont-elles pas été introduites dans l'unique intérêt du défendeur? Ne sont-elles pas toutes à la charge de son adversaire? Cette doctrine s'appuie des arrêts des

---

c'est pourquoi M. de Maleville pense qu'elle doit l'être, conformément à l'art. 74 du Code civil : c'est aussi notre opinion.

Mais puisqu'on n'invoquerait cet article qu'afin de suppléer, par induction, au silence du Code sur un délai précis, passé lequel il y aurait présomption légale du changement de domicile, nous ne penserions pas qu'il fût toujours rigoureusement applicable.

S'il arrivait, par exemple, que le défendeur n'opposât contre la validité de l'exploit que cette sorte de présomption légale, déduite par induction de l'art. 74, tandis que le demandeur argumenterait de diverses circonstances propres à faire présumer sa bonne foi, nous estimons que l'exploit pourrait, en raison de ces circonstances, être déclaré valable; il faudrait, pour le faire annuler, que le défendeur joignît au moins aux inductions qu'il tirerait de l'art. 74, d'autres considérations qui pussent concourir avec elles, pour prouver qu'il serait juste de prononcer cette nullité.

Concluons, en dernière analyse, que la solution de la question qui vient d'être discutée peut dépendre d'une foule de circonstances diverses, en raison desquelles elle est abandonnée à la conscience du juge.

[Voir nos observations au texte.]

Cours de Nîmes, 30 mars 1808; Turin, 14 février 1810; Paris, 10 juin 1811; Rennes, 9 août 1819 (*J. Av.*, t. 13, p. 108); Paris, 3 février 1812 (*J. Av.*, t. 20, p. 351); et Cass., 2 mai 1832 (*J. Av.*, t. 42, p. 685).

Et cependant, chose étrange, on a vu, devant les Cours de Bourges et d'Orléans, un défendeur se plaindre, au contraire, que l'exploit ne lui eût pas été remis à un domicile par lui abandonné depuis longtemps, et qu'après s'y être vainement présenté et avoir fait d'inutiles recherches pour découvrir le nouveau, l'huissier se fût adressé au procureur du roi et eût affiché son exploit à la principale porte de l'auditoire du tribunal. La Cour de Bourges fit justice, le 6 mai 1822 (*J. Av.*, t. 24, p. 142), d'une prétention qui révélait la mauvaise foi du défendeur, puisqu'il se plaignait d'une précaution toute dans son intérêt, et qu'il eût pu, à bien plus juste titre, se plaindre de la marche opposée, si on l'avait suivie. Mais la Cour d'Orleans, par une préoccupation que ne justifient pas assez ceux de ses motifs qu'elle a puisés dans les faits de la cause, a annulé l'exploit pour n'avoir pas été remis à l'ancien domicile; 11 août 1838 (*J. P.* t. 2 de 1838, p. 263). Cet arrêt, jugeant en droit, nous semble avoir méconnu les plus simples éléments de la matière.

Mais supposons maintenant que le changement de domicile n'ait eu lieu que depuis le commencement de l'instance, et postérieurement à des actes émanés du défendeur qui contenaient l'indication de son domicile.

Nous disons que, dans cette hypothèse, le demandeur qui veut, à son tour, faire signifier de nouveaux actes, n'est pas obligé, mais qu'aussi il ne lui est pas défendu de connaître le changement, et d'agir en conséquence. Ceci est conforme à une idée que M. Carré développe dans la note.

Le demandeur n'est pas obligé de connaître le changement, et il peut adresser toutes ses significations à l'ancien domicile, et si l'huissier n'y trouve ni le défendeur, ni aucun de ses parents ou serviteurs, faire remettre la copie à un voisin ou au maire; agir, en un mot, comme si le domicile précédemment connu ou indiqué était toujours le véritable domicile de sa partie adverse. En effet, celui qui change pendant le cours de l'instance n'ignore pas alors qu'il est en procès, que son adversaire peut avoir, à chaque instant, des significations à lui adresser; il est de sa loyauté de lui faire savoir le nouveau domicile où elles devront être reçues. Tant qu'il n'a pas fait cette notification, il y a présomption qu'aucune mutation n'a eu lieu, et, si les copies transmises, selon la marche de l'art. 68, soit au domicile, soit au voisin ou au maire, ne parviennent pas à la partie, elle aura à s'imputer de n'avoir pas prévenu cette erreur par une déclaration si facile et si naturelle.

Ce premier point est reconnu et établi par une jurisprudence nombreuse, qui se compose des arrêts de la Cour de cassation, des 13 germinal et 16 fructidor an XII (*J. Av.*, t. 13, p. 71 et 72); 8 février 1832 (*J. Av.*, t. 43, p. 542); 30 mars 1836 (*J. Av*, t. 51, p. 474); et 3 mai 1837 (*J. Av.*, t. 53, p. 426, et *J. P.*, t. 2 de 1837, p. 62) : (dans l'espèce du 30 mars 1836, la portière du domicile abandonné par le défendeur avait reçu pour lui l'exploit sans observation. Dans celle du 3 mai 1837, un voisin avait dit à l'huissier non pas que l'assigné eût changé de domicile, mais qu'il était absent pour quelques mois. Cependant, il y avait eu, dans l'une et l'autre espèce, changement de domicile, et l'on se plaignait que, malgré cela, l'exploit eût été remis à l'ancien; la Cour suprême le déclara valable, par application de la doctrine que nous venons d'exposer): — des Cours de Paris, 30 janvier 1811 (*J. Av.*, t. 13, p. 72), et 22 novembre 1830 (*Courrier des Tribunaux*, du 27); de Montpellier, 10 mars 1812 (*J. Av.*, t. 20, p. 354); de Limoges, 27 juillet 1816 (*J. Av.*, t. 13, p. 239); Bruxelles, 8 mai 1807 (*J. Av.*, t. 13, p. 93), 25 février 1810 (*J. Av.*, t. 20, p. 210), et 25 janvier 1828 (*Journ.* de cette Cour, t. 1, de 1828, p. 367).

Remarquons en passant que les significations faites à l'héritier d'une per-

sonne décédée, ne rentreraient pas dans l'application de cette doctrine, car, à l'égard de cet héritier, il n'y a pas eu de domicile déclaré : l'exploit qu'on lui adresse est un premier exploit, un commencement d'instance; si donc son domicile actuel n'était pas connu, on se conformerait au § 8 de l'art. 69. C'est ce qu'a jugé la Cour de cassation le 17 avril 1837 (*J. Av.*, t. 52, p. 353, et *J. P.*, t. 1 de 1837, p. 442).

Mais nous ajoutons que si le défendeur n'est pas obligé de connaître le changement de domicile de son adversaire, survenu pendant l'instance, il ne lui est pas non plus défendu de le connaître et de conformer sa conduite à cette connaissance. En effet, la décision par laquelle nous validons la signification faite à un lieu qui n'est plus le domicile du défendeur n'est certainement pas conforme à la loi : c'est plutôt une dérogation d'équité que la jurisprudence y a faite dans l'intérêt du demandeur. Nul doute dès lors qu'il peut y renoncer, et que, s'il apprend, par le rapport des personnes trouvées au domicile indiqué, que celle qu'il cherche n'y demeure plus, il a le droit, et c'est presque un devoir pour lui de ne pas y laisser la copie; alors il cherchera le nouveau domicile (1); et s'il ne peut le trouver, il se conformera au § 8 de l'art. 69. Certes, le défendeur aurait bien mauvaise grâce de se plaindre qu'au lieu d'être remise à son domicile ou chez un voisin qui ne sont plus les siens, chez un maire qui n'a de relations qu'avec les habitants de sa commune, la copie eût été portée au procureur du roi, qui en a de plus fréquentes et de plus faciles avec le royaume tout entier.

Sans doute notre doctrine n'est applicable qu'autant que le défendeur avouerait son changement de domicile ; mais, s'il le contestait, ce serait une question de fait à juger préalablement et qui ne touche en rien les principes.

Les Cours d'Amiens et de Bordeaux nous paraissent donc avoir mal jugé, lorsqu'elles ont, la première, le 21 février 1826 (*J. Av.*, t. 37, p. 219), la seconde, le 28 mars 1833 (*J. Av.*, t. 45, p. 548), annulé un exploit pour n'avoir pas été laissé au domicile indiqué dans les actes antérieurs de l'instance, quoique les habitants de la maison eussent déclaré à l'huissier que l'assigné n'y résidait plus, ce qui était vrai.

Au contraire, la Cour de cassation a consacré les vrais principes, le 28 novembre 1837 (*J. Av.*, t. 55, p. 440, Dalloz, 1838, 1, 85, et *S.*, 1838, 1, 364), en déclarant que la loi était régulièrement exécutée, lorsque l'huissier, s'étant présenté au domicile jusque-là indiqué dans les actes de l'instance, et ayant appris du concierge que le défendeur n'y était plus, s'était transporté à la mairie, pour vérifier s'il n'avait pas été fait de déclaration de changement, et, n'en trouvant point, avait remis une copie au procureur du roi, et en avait affiché une autre à la pricipale porte de l'auditoire du tribunal.

La Cour de Paris avait jugé de même, le 10 mai 1810 (*J. Av.*, t. 20, p. 260), à l'égard d'un domestique qui, pendant l'instance, était entré successivement au service de plusieurs maîtres, en sorte qu'on savait bien qu'il avait abandonné son premier domicile, mais qu'on ignorait celui qu'il avait pris.

Cet arrêt applique le même principe à un militaire en activité de service, mais nous croyons avec M. HAUTEFEUILLE, p. 75, n° 5, que c'est à tort, et qu'il

---

(1) Il ne suffit pas d'alléguer qu'on n'a pas connu le nouveau domicile de la partie, les tribunaux peuvent refuser d'en croire celui dont l'allégation ne leur paraîtrait pas de bonne foi, ou qui aurait négligé de faire les diligences nécessaires pour parvenir à cette connaissance. C'est ce qui résulte d'un arrêt de la Cour de Paris, en date du 3 février 1835 (*J. Av.*, t. 49, p. 625).

faut poursuivre le militaire absent au domicile qu'il avait lors de son départ, et qu'il a toujours conservé à moins de déclaration contraire. (*V.* la *Question* 351.)

Quoi qu'il en soit, l'on sent qu'à raison de cette diversité de jurisprudence, et, puisque les défendeurs de mauvaise foi sont également disposés à se plaindre, soit dans un cas, soit dans l'autre, il serait prudent, lorsqu'on a une signification importante à faire à une partie qui a abandonné son premier domicile, et dont on ne connaît pas le nouveau, de la faire tout à la fois et selon la règle de l'art. 68, et selon la règle de l'art. 69, § 8. C'est ce qui a été pratiqué dans l'espèce d'un arrêt de la Cour de cassation du 17 avril 1837 (*J. Av.*, t. 52, p. 353, et *J. P.*, t. 1 de 1837, p. 442), et c'est le conseil que nous croyons devoir donner aux officiers ministériels : l'une des deux significations, au moins, ne peut manquer d'être valable.

Au reste, ce que nous avons dit jusqu'ici suppose que le défendeur, en changeant de domicile, n'a pas fait connaître ce changement à sa partie adverse. Car, s'il le lui avait déclaré, il n'y aurait plus de prétexte, ni pour le demandeur de lui signifier toujours à l'ancien domicile, ni pour le défendeur de se plaindre qu'on l'eût traité comme n'y résidant pas.

Si même la preuve de la connaissance que le demandeur aurait acquise du changement résultait de toute autre circonstance, par exemple, du récit que l'huissier aurait fait dans l'exploit des déclarations des voisins à cet égard; nous pensons que cela suffirait pour faire prononcer la nullité de l'exploit qui aurait été, malgré ces déclarations, remis à ce domicile dans les formes de l'art. 68.

Mais pour que le demandeur soit légalement averti, suffit-il d'un simple acte à la requête du défendeur? ou bien faut-il que celui-ci notifie les actes qui, d'après l'art. 104 du Code civil, auront dû être faits aux deux municipalités? La Cour de Turin, par son arrêt du 19 mai 1807 (*J. Av.*, t. 13, p. 72), a décidé qu'une simple énonciation de son nouveau domicile, faite par la partie dans les actes signifiés à sa requête, ne suffirait pas pour mettre l'adversaire en demeure d'y adresser ses propres significations, et qu'il fallait une notification officielle des déclarations faites à la mairie. Celle de Bourges s'est prononcée le 15 mars 1823 (*J. Av.*, t. 25, p. 95), pour l'opinion directement opposée : celle-ci nous paraît la seule vraie. En effet, n'est-il pas possible, d'après l'art. 105 du Code civil, que le changement s'effectue, et légalement, sans aucune déclaration officielle? Dès lors, la notification n'en pourrait pas être faite, l'indication suffirait : elle doit suffire dans tous les cas. Et suffire à tel point, dit la Cour de Bourges, que la partie à la requête de qui l'acte a été fait ne doit pas être admise à prouver que son adversaire demeurait encore à l'ancien domicile.

Nous n'admettons pas cette dernière conséquence. Si l'un des litigants, dans l'intention d'embarrasser la procédure, déclarait faussement transporter au loin son domicile, l'autre ne devrait pas souffrir de cette fraude, et nous croyons même qu'en cas de contestation sur la réalité de la translation, c'est toujours à celui qui l'invoque à la prouver, la présomption étant pour le maintien du domicile antérieur; aussi la Cour de Paris a-t-elle jugé le 28 novembre 1811 (*J. Av*, t. 12, p. 481), que la signification d'un exploit à l'ancien domicile est régulière, tant que le nouveau n'a pas été légalement acquis, nonobstant toutes assertions contraires : la même proposition résulte des arrêts des Cours de Turin, 19 mai 1807 (*J. Av.*, t. 13, p. 72), Angers, 22 mai 1828 (*J. Av.*, t. 35 p. 45), et Riom, 4 février 1830 (*J. P.* t. 46, p. 297).]]

Supp., p. 82. Développements tirés de la jurisprudence.

356. *Si un exploit était signifié au même domicile qu'un précédent exploit, la partie, qui n'aurait pas opposé la nullité de celui-ci, pourrait-elle conclure à l'annulation du second, par le motif qu'elle n'aurait pas son domicile dans le lieu où l'exploit aurait été signifié ?*

L'affirmative de cette question nous paraît résulter de ce que la partie, étant libre de présenter ou non les nullités d'un exploit, ne peut être présumée avoir reconnu pour toujours que son domicile est véritablement au lieu où elle est assignée : elle peut donc opposer la nullité du second exploit. Un arrêt de la Cour de Paris du 13 messidor an 12 (*S.*, t. 7, 2e part., p. 1067 et *J. Av.*, t. 12, p. 439), justifie cette opinion, en décidant que le défendeur peut arguer de nullité, comme n'ayant pas été signifié à son domicile, un exploit donné à comparaître devant un tribunal civil, quoique cet exploit eût été signifié au même lieu qu'un précédent, non critiqué et portant assignation, pour la même affaire, devant le juge des référés.

[[Il est hors de doute que lorsqu'une partie a, dans les actes de la procédure, déclaré un domicile, ou reconnu celui qui lui avait été attribué, elle ne peut se plaindre des significations qui lui auraient été faites à ce domicile, sous prétexte que ce n'était pas le sien, quelque constant que soit d'ailleurs le fait de sa résidence dans un autre lieu (*V.* la question précédente). C'est un principe consacré par les Cours de Paris, le 24 brumaire an XII (*J. Av.*, t. 13, p. 70), le 3 août 1807 (*J. Av.*, t. 13, p. 98), de Bruxelles, le 27 juin 1824 (*Journ.* de cette Cour, t. 2 de 1824, p. 145), de Bourges, le 28 février 1829 (*Journ.* de cette Cour, 8e année, p. 64), et par la Cour de cassation, les 28 décembre 1815 (*J. Av.*, t. 13, p. 234), 20 juin 1832 (Dalloz, 1832, 1re partie, p. 250); et 12 juin 1838 (*J. P.*, t. 2 de 1838, p. 11). Toutefois on ne peut point, à moins de circonstances particulières, étendre cette jurisprudence jusqu'au cas où la reconnaissance du domicile ne serait que passive. Certes, des circonstances nombreuses d'une cause pourraient amener à le décider ainsi ; mais il serait dangereux de poser, en principe et en règle générale, ce qui ne doit jamais être qu'une application de la loi à des faits particuliers. Aussi, nous rapportons en l'approuvant l'arrêt du 13 mess., t. 2, p. 221, note *Jurisprudence*, n° 15. Et nous croyons l'opinion de M. Carré fort soutenable.]]

357. *L'exploit portant assignation à un individu condamné au bannissement, devrait-il être notifié à sa personne ou à son domicile au lieu de son bannissement ?*

Rodier, sur l'art. 3, du tit. 2, 7e quest., n° 11, s'exprime ainsi sur cette question : « *On pourrait sans doute donner une assignation à un exilé, à sa « personne, ou à son domicile au lieu de son exil ;* mais on le pourrait aussi au « précédent domicile de cet exilé, surtout s'il avait sa maison ouverte, et sa « famille à ce précédent domicile, parce que le lieu où il restait avant son « exil était son domicile de destination et de volonté.

« C'est ce qui fait dire à DOMAT, dans son *Traité de Droit public*, liv. 1, tit. 16, « sect. 3. n° 14. que ceux qui sont relégués en un certain lieu, par ordre du « prince, ne changent point de domicile, et conservent celui qu'ils avaient « avant la relégation ; d'où il suit que, si on avait à intenter une action contre « cet exilé, il faudrait l'intenter non devant le juge du lieu de son exil, où « il est toujours regardé comme étranger (quoiqu'on pût lui signifier l'exploit « en ce lieu), mais devant le juge du lieu où il avait auparavant son domi- « cile. Un changement forcé de demeure ne change rien à la juridiction de la- « quelle on relève. »

Telle est aussi notre opinion

[[Un arrêt de la Cour de cassation du 16 frimaire an XI (*J. Av.*, **t. 13, p. 62**), rendu *in terminis*, et un arrêt de la Cour de Paris, du 30 janvier 1817 (*J. Av.*, t. 12, p. 505), dans l'espèce d'un condamné aux travaux forcés à perpétuité, confirment pleinement cette doctrine, qu'enseignent aussi les auteurs du *Praticien français*, t. 1, p. 286, MM. DELAPORTE, t. 1, p. 58, et COMMAILLE, t. 1, p. 143. Ce dernier auteur pense, avec raison, qu'il faudrait aussi signifier l'ajournement au curateur du condamné qui se trouve, pendant la durée de la peine, en interdiction légale, et M. BONCENNE, t. 2, p. 204, fait la même observation.]] **Supp. alph.**, v° *Exploit*, n. 133.

358. *Peut-on signifier un exploit à la prison où l'assigné serait retenu ?*

Rodier dit encore que l'on pourrait bien signifier l'exploit dans la prison, en parlant à la personne de l'assigné ou au geôlier, mais qu'on peut le faire aussi à son précédent domicile, et que le juge de ce domicile doit connaître des actions personnelles intentées contre ce prisonnier. Nous estimons que l'exploit ne peut être remis à la prison qu'en parlant à l'assigné lui-même, mandé entre les deux guichets, et non au geôlier. Si la remise au geôlier a pu être autorisée autrefois, c'est parce qu'il arrivait souvent qu'il était défendu de faire communiquer les détenus avec qui que ce soit ; aujourd'hui, que leur personne doit être représentée a tous ceux qui la réclament, il n'y a aucun motif pour laisser la copie au geôlier.

Add. — La solution donnee sur cette question est conforme à l'opinion des Commentateurs de l'ordonnance de 1667, et formellement adoptée par M. FAVARD DE LANGLADE, t. 1, p. 143, n° 4. Si, dit-il, l'assigné est détenu dans une maison d'arrêt, l'exploit peut lui être remis à lui-même entre les deux guichets, où il est réputé en liberté. **Carr.**

[[Cette signification ne peut valoir qu'autant qu'elle est faite à personne; la prison ne pouvant être considérée comme le domicile du détenu qui conserve toujours celui qu'il avait avant sa détention, la copie ne pourrait être remise aux employés de la prison; mais elle le serait valablement aux parents ou serviteurs de l'assigné, trouvés à son domicile, quoiqu'il fût notoire que celui-ci en eût forcément abandonné la résidence. C'est aussi l'avis de M. BONCENNE, t. 2, p. 204.]] **Supp. alph.**, n. 134. V. *Q.* 2704

Add. — 358 bis. *Un individu notoirement poursuivi pour crime, mais dont la mise en accusation n'aurait pas été prononcée, continue-t-il de jouir de ses droits civils, et peut-on valablement agir contre lui ?*

Nous ne balançons pas à répondre affirmativement. En effet, l'exécution de l'art. 465 du Code d'instruction criminelle suppose, ou que l'accusé a été l'objet d'un arrêt de mise en accusation, ou qu'il ne s'est pas présenté dans les dix jours de la notification qui en a été faite à son domicile ; et encore n'est-ce que dix jours après l'ordonnance portant qu'il sera tenu de se représenter dans un nouveau délai de dix jours, qu'il est suspendu de ses droits civils, et que toute action en justice lui est interdite. Ainsi donc, au moins jusqu'à la mise en accusation de l'homme soupçonné d'être l'auteur d'un crime, on peut procéder valablement contre lui.

Il y a plus : on le peut, même après sa mise en accusation ; de ce que l'article 465 dénie toute action à la personne mise en accusation, ou qui s'évade après s'être présentée ou avoir été saisie, il ne s'ensuit point du tout que l'on ne puisse diriger contre elle une action civile.

Cette opinion a été consacrée par un arrêt de la Cour de cassation, rapporté dans le *Nouveau Répert.*, 3e édit., v° *Contumace*. § 1er, art. 2. Il décide que « le

« véritable et seul sens que présentent les mots de l'art. 465 *lui est interdite*, « est que le droit d'agir, *jus agendi*, est seulement dénié à l'accusé contumace; « mais qu'il n'est pas défendu de l'attaquer en justice, qu'une autre entente « donnée à l'art. 464 du Code des délits et des peines (du 3 brumaire an IV), « serait contraire à son texte et même à son esprit, l'intention du législateur, « en déniant l'action en justice à l'accusé contumace, ayant été de le punir, « et non de le soustraire aux poursuites qui seraient dirigées contre lui, ou « d'en entraver le cours. »

A la vérité, comme on vient de le voir, cet arrêt a été rendu sous l'empire du Code pénal du 3 brumaire an IV; mais il y aurait aujourd'hui même raison de décider, puisque la disposition de l'art. 464 du Code qui a donné lieu à cette discussion, se trouve répétée dans l'art. 465 du Code d'instruction criminelle.

Enfin, l'auteur du *Nouveau Répert.*, immédiatement après avoir rapporté cet arrêt, ajoute ces mots : « L'art. 124 du Code de procédure civile confirme « nettement cette décision (celle de l'arrêt), en déclarant que le débiteur ne « pourra obtenir un délai, ni jouir du délai qui lui aura été accordé (par ju- « gement),..... s'il est en état..... de contumace. Rien, en effet, continue-t-il, « ne prouve mieux que, nonobstant son état de contumace, un débiteur peut « être poursuivi par ses créanciers, et condamné par les tribunaux civils. » **Carr.**

[[Nous partageons, sans hésiter, cette opinion.]]

359. *L'exploit laissé à un enfant, parent ou serviteur de l'assigné, serait-il nul?*

La personne qui reçoit la copie doit avoir atteint l'âge de raison : l'exploit laissé à un enfant serait donc nul, disent les auteurs du *Praticien*, t. 1, p. 304, parce que, n'ayant pas de discernement, cet enfant pourrait égarer la copie ou ne la pas remettre à l'ajourné.

Cette opinion est fondée sur celle des Commentateurs de l'ordonnance. POTHIER, dans son *Traité de la Procédure civile*, disait aussi, ch. 1, art. 4 : « Il « faut que la personne à qui la copie est laissée soit en âge de discernement; « on ne doit pas la laisser à un impubère; car Guenois, sur Imbert, liv. 1, ch. 5, « prétend que, si elle était donnée à un enfant impubère, le défendeur pourrait « demander la nullité de l'exploit et de tout ce qui s'en serait suivi » (1).

[[La Cour de Montpellier a jugé, le 27 décembre 1827 (*J. Av.*, t. 35, p. 80), que la copie d'un exploit n'est pas valablement laissée à un enfant âge de sept ans, parce que la loi a voulu parler d'une personne ayant atteint l'âge de raison; précédemment, les 24 et 25 mai 1825 (*J. Av.*, t. 2, p. 193), la Cour de

---

(1) Mais à quel âge un enfant serait-il réputé pubère? La loi ne s'explique point positivement sur cette question; cependant ne réputer pubère que le mineur qui aurait atteint l'âge auquel on peut contracter mariage, d'après l'art. 144 du Code civil, ne serait-ce pas étendre à un âge trop avancé la présomption du défaut de raison? D'ailleurs, l'âge ne serait pas le même pour les deux sexes. Ne vaudrait-il pas mieux décider par induction de l'art. 285 du Code de procédure, qui, sans aucune distinction, dispose que les individus âgés de moins de quinze ans ne peuvent être entendus en témoignage que sauf à avoir à leurs dépositions tel égard que de raison? De ce dernier article, nous conclurions qu'il est laissé au juge, d'après les renseignements qui lui seraient fournis sur le degré de raison et d'intelligence d'un enfant *au-dessous* de l'âge de quinze ans, la faculté de déclarer valable ou non l'exploit qui lui aurait été remis; mais nous pensons qu'*au-dessus* de cet âge la remise serait valable, puisque la loi admet l'individu qui l'a atteint à rendre témoignage en justice. (*Nouv. Répert.*, v° *Ajournement*, t. 1, p. 158, n° 5).

Poitiers avait décidé que la copie peut être laissée à un enfant âgé de moins de quinze ans, et que l'appréciation de son discernement rentre dans le domaine du magistrat. On voit que de la combinaison de ces arrêts résulte la pleine confirmation de la doctrine développée par M. Carré, au texte et à la note, doctrine que nous embrassons, ainsi que MM. FAVARD DE LANGLADE, t. 1, p. 143, n° 4, et DALLOZ, t. 7, p. 780, n° 12.]] Supp. alph., v° *Expl.*, n. 124 et 125.

360. *La disposition de l'art. 68, qui veut que l'exploit ne soit laissé au domicile qu'autant qu'on rencontre un parent ou un serviteur de l'assigné, doit-elle être appliquée avec une telle rigueur qu'on ne puisse admettre aucune exception?*

Il est évident, d'après l'art. 68, que l'huissier ne peut remettre la copie qu'à cinq sortes de personnes : 1° à la partie au domicile; 2° à un parent de la partie, s'il ne trouve pas celle-ci; 3° à un serviteur de la partie, s'il ne trouve ni celle-ci ni aucun de ses parents; 4° à un voisin, s'il ne trouve ni la partie, ni un de ses parents ou serviteurs; 5° au maire, s'il ne trouve aucune des personnes précédemment désignées, ou si le voisin trouvé n'a pu ou n'a voulu signer.

Ainsi, la nullité de l'exploit laissé à toute autre autre personne qu'à une de celles que la loi a ainsi désignées d'une manière expresse ne paraîtrait pas douteuse (1).

La Cour de cassation a néanmoins déclaré valable l'exploit remis à domicile, en parlant au serviteur du frère de l'assigné, cohabitant avec lui.

Aux raisons que nous venons de donner, pour justifier cette décision et l'appliquer même aux cas où le serviteur serait celui d'une personne étrangère à l'assigné, mais cohabitant avec lui, nous ajouterons ce que dit l'auteur du *Nouveau Répert.* sur l'arrêt précité, t. 7, § 5, p. 547.

---

(1) Quoi qu'il en soit, la Cour de cassation a déclaré valable un exploit remis au domicile de l'assigné, en parlant au serviteur d'un frère qui cohabitait avec lui. (Arrêt du 15 août 1807, *S.*, 1807, 2e part., p. 126, et *J. Av.*, t. 13, p. 103). La raison de cette décision, disent les éditeurs de la *Jurisprudence sur la Procédure*, t. 1, p. 43, c'est qu'en effet, le domestique d'un frère qui habite le même domicile que la partie, est plus digne de confiance qu'un voisin, qui souvent a de l'indifférence, de la rancune ou de la jalousie pour cette partie. Nous ajouterons que la Cour a pu considérer aussi un tel domestique comme rendant également des services au frère de son maître. Or, Rodier dit qu'un exploit remis au domestique commun de deux personnes qui cohabitent est valable.

Mais cet auteur suppose que les deux personnes qui habitent ensemble sont une femme avec son mari, un fils avec son père ou sa mère.

Que dirait-on de l'exploit remis au domestique de la personne qui habiterait avec l'assigné, mais qui ne serait pas son parent, ou à cette personne elle-même? Nous croirions qu'on devrait, comme dans le premier cas, suivre plutôt l'esprit de la loi que la rigueur du texte. La loi veut assurer que l'exploit sera remis à l'assigné. Or, cette certitude n'est-elle pas suffisamment acquise, lorsqu'il est laissé à une personne liée avec l'assigné par tous les rapports d'intérêt, de bienveillance et d'amitié que suppose la cohabitation?

Nous disons la *cohabitation :* ainsi, un exploit ne serait pas valablement remis à un locataire qui ne serait ni parent, ni serviteur, ni allié. On pourrait tout au plus lui laisser la copie comme voisin, moyennant qu'il signât l'original. (Arrêt de la Cour de Nîmes du 5 avril 1808, *J. Av.*, t. 13, p. 111, Rodier, sur l'art. 3 du tit. 2 de l'ordonnance, 1re question).

[La Cour de Lyon a jugé néanmoins, le 26 mars 1817 (*J. Av.*, t. 13, p. 111), qu'elle pourrait être laissée au locataire, en sa qualité de cohabitant de la maison et non comme voisin. Cette décision ne nous paraît pas conforme à l'esprit de la loi.]

Serait encore nul l'exploit laissé au receveur ou agent d'affaires de l'assigné (Cass., 4 therm. an V, *S.*, t. 20, 1re part., p. 492, et *J. Av.*, t. 13, p. 29)

« Lorsque le parent de la partie demeure avec elle, le serviteur du parent « est en quelque sorte le serviteur de la partie elle-même; il entre, comme le « serviteur de la partie elle-même, dans la composition de la famille de ce- « lui-ci; car l'esprit de l'art. 68 du Code est uniquement d'exiger que l'exploit « soit remis, suivant l'expression de GUY PAPE, *Quest.* 191 et 628, *alicui ex « familiâ* (1). »

[[C'est aussi l'avis de MM. FAVARD DE LANGLADE, t. 1, p. 143, n° 4, DELAPORTE, t. 1er, p. 77, et DEMIAU CROUZILHAC, p. 65, et nous le partageons.

Une exception devrait encore être faite au principe, et elle a été consacrée par arrêt de la Cour de Paris du 25 février 1819 (*J. Av.*, t. 13, p. 262), dont M. Carré approuve la doctrine, à la note. C'est pour le cas où, de deux personnes habitant ensemble et ayant entre elles les relations indiquées par l'art. 68, l'une a un intérêt notoirement opposé dans l'affaire à l'intérêt de l'assigné. On sent que la remise qui lui serait faite de la copie n'offrirait pas toutes les garanties de sécurité désirables; ainsi, par exemple, et c'est l'espèce jugée par la Cour de Paris, des significations faites par l'acquéreur d'un immeuble pour arriver à la purge de l'hypothèque légale de la femme ne peuvent être laissées au domicile du mari parlant à celui-ci.

Néanmoins, des décisions opposées dans des espèces identiques ont été rendues par les Cours de Grenoble le 27 novembre 1827; de Rouen, le 15 février 1828, et par la Cour de cassation, le 14 juillet 1830 (*J. Av.*, t. 41, p. 563), sur le motif que les notifications prescrites pour la purge des hypothèques légales ne sont point régies par d'autres principes que les exploits en général;

---

(1) Le maître d'un hôtel garni est, à l'égard de ses locataires, un serviteur dans le sens de l'art. 68 : l'exploit notifié au locataire, en parlant au maître ou à la maîtresse de l'hôtel, serait donc valable. (Caen, 4 mai, et Nancy, 22 juin 1813, *S.*, t. 14, p. 400, et t. 17, p. 95, et *J. Av.*, t. 13, p. 208, et t. 8, p. 614.)

[Et Paris, 19 janv. 1826 (*Gaz. des Trib.*, du 25).]

Nous le croirions également valable, s'il était remis même à un serviteur de l'hôtel.

Hors ce cas, le locataire ne peut, par cette qualité, être considéré comme étant de la famille du propriétaire de la maison qu'il habite, et il ne peut recevoir copie de l'exploit adressé à ce dernier. (Nîmes, 5 avril 1808, *S.*, t. 14, 2e part., p. 296, et *J. Av.*, t. 13, p. 111.)

[Voir, dans ce sens, M. BONCENNE, t. 2, p. 206].

Réciproquement, le propriétaire ne peut recevoir celui qui serait adressé à son locataire. (Rennes, 3e chamb., 23 août 1817, *Journ.*, t. 4, p. 719, et *J. Av.*, t. 13, p. 252.)

NOTA. Des décisions ci-dessus, et des solutions données sur les questions qui les précèdent, nous croyons pouvoir conclure, en général, en nous appuyant d'ailleurs sur un arrêt de la Cour de Paris du 30 janv. 1817 (*S.*, t. 18, p. 43 et *J. Av.*, t. 12, p. 505), que l'art. 68 ne doit pas être interprété tellement dans la rigueur, qu'il n'y ait précisement que les parents ou serviteurs du défendeur qui puissent valablement recevoir la copie, et qu'elle peut être remise à toute personne qui habite la même maison que l'assigné, et qui, par la nature de ses relations avec lui, doit être réputée son commensal.

[Par exemple, à la personne chez laquelle il demeure : Bordeaux, 17 juill. 1833 (*J. Av.*, t. 46, p. 177), et Cass. 23 nov. 1835 (*J. Av.*, t. 50, p. 123).]

Mais remarquons en même temps que ce point de jurisprudence, qui permettrait de remettre une signification à toute personne parente, serviteur au commensale, trouvée au domicile du défendeur, présuppose que cette personne n'a pas un intérêt notoirement opposé à celui de ce dernier. C'est ainsi, par exemple, que, par arrêt du 25 fév. 1819 (*S.*, t. 19, p. 275 et *J. Av.*, t. 13, p. 262), la Cour de Paris a décidé que la notification faite à la femme, conformément à l'art. 2194 du Code civil, de l'acte de dépôt au greffe du contrat de vente de l'immeuble grevé de l'hypothèque légale, est nulle, si elle est faite au *domicile conjugal* PARLANT AU MARI. Le mari, qui a un intérêt diamétralement opposé à celui de la femme, ne peut, en ce cas, être son mandataire légal pour la remise de l'exploit.

[Voir nos observations au texte.]

d'ou il suit qu'on ne peut refuser de leur appliquer la lettre des dispositions de l'art. 68.

Il nous semble qu'il est des exceptions nécessaires que l'équité naturelle doit suggérer, et que celle dont nous nous occupons est du nombre. Nous devons faire observer au reste que la Cour de Grenoble a mis au rang de ses motifs, cette considération que l'intérêt du mari était aussi de conserver la dot de sa femme. Mais cette raison, qui pourrait être plausible suivant les circonstances, n'est invoquée que d'une façon surérogatoire.]] **Supp. alph.**, v° *Expl.*, n. 108.

[[**360** bis. *La copie d'un exploit est-elle valablement laissée à un parent de l'assigné trouvé accidentellement dans son domicile?*

On dit, pour la négative, que l'intention première des rédacteurs de l'art. 68, lorsqu'ils ont désigné les personnes capables de recevoir l'exploit au nom de l'assigné, a été de ne choisir que celles qui auraient avec lui des rapports de cohabitation: que si la loi n'eût eu en vue que l'intérêt que peuvent porter à l'assigné son parent ou son serviteur, elle n'eût pas préféré le simple voisin, l'étranger demeurant peu loin de la partie citée, au parent et au serviteur trouvés hors du domicile de cette dernière (*V.* la *Quest.* 360 *ter*) : que cependant cette préférence est écrite dans la loi, ce qui fait croire qu'en exigeant la remise à domicile, et en indiquant ceux qui peuvent régulièrement y recevoir l'exploit, la pensée du législateur s'est portée sur la qualité de *domicilié* autant que sur celle de parent ou serviteur.

C'est ainsi qu'ont raisonné les Cours de Colmar, 4 décembre 1809 (*J. Av.*, t. 13, p. 105), et 4 décembre 1807, selon le *J. P.*, 3e éd., t. 6, p. 375; de Poitiers, les 13 juillet 1813 (*J. P.*, 3e éd., t. 11, p. 552), et 24 août 1834 (*J. Av.*, t. 48, p. 296), et MM. FAVARD DE LANGLADE, t. 1, p. 143, n° 4; BONCENNE, t. 2, p. 205, et BOITARD, t. 1, p. 270.

Mais, malgré ces imposantes autorités, il faut convenir que lorsque la loi indique les parents de l'assigné, elle ne distingue pas entre ceux qui habitent avec lui, et ceux qui ne se trouvent que par hasard à son domicile; que les nullités ne peuvent être suppléées par les juges, et qu'en combinant les articles 68 et 70 du Cod. proc. civ., on ne trouve point de nullité établie pour le cas dont il s'agit. Aussi M. THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 169 et 170, se montre-t-il indulgent en cette matière; et il a été décidé formellement par les Cours d'Aix, 6 février 1826 (*J. Av.*, t. 13, p. 105); de Bruxelles, 15 février 1832 (*J. Av.*, t. 45, p. 477), et par la Cour de cassation, 14 mai 1838 (*J. P.*, t. 2 de 1838, p. 205), qu'on peut valablement remettre la copie au parent de l'assigné qui n'habite pas le domicile, mais qui s'y trouve momentanément.]] **Supp. alph.** v° *Exploit*, n. 126 et 127.

[[**360** ter. *L'exploit serait-il valablement remis aux parents ou serviteurs de l'assigné trouvés hors de son domicile?*

Non, puisque la loi veut que cette remise ait lieu à la personne ou au domicile. Si donc ce n'est pas à la personne qu'on s'adresse, si c'est à l'un de ses parents, de ses serviteurs, il faut nécessairement que cela ait lieu au domicile; partout ailleurs ils n'ont point qualité. Ainsi l'ont jugé la Cour de cassation, le 26 fructidor an XI (*J. Av.*, t. 13, p. 68, 1re espèce). et les Cours de Liege, le 19 mars 1812 (*J. Av.*, t. 21, p. 265); de Bruxelles, le 27 juin 1810, et de Rennes, les 28 décembre 1812, 16 avril 1813 (*J. Av.*, t. 13, p. 148); de Montpellier, le 3 décembre 1810 (*J. Av.*, t. 13, p. 68, 2e espèce); de Rennes, le 9 août 1819 (*J. Av.*, t. 13, p. 108), et de Toulouse, le 22 décembre 1830 (*J. Av.*, t. 41, p. 412, et c'est également l'avis de MM. DALLOZ, t. 7, p. 779, n° 4; THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 169; BONCENNE, t. 2, p. 206, et BOITARD, t. 1, p. 271.

Ces arrêts, disait M. Carré, à sa note jurisprudence, sont entièrement conformes aux principes de l'ancienne jurisprudence. « On peut, dit Rodier sur « l'art. 3, tit. 3 de l'ordonnance de 1667, signifier la copie à la partie assignée, « quelque part qu'on la trouve...., *mais il n'en est pas de même* des gens ou « serviteurs de celui contre qui l'exploit est fait : on ne peut leur signifier ni « laisser la copie hors du domicile de la partie. »

« Boutaric, sur le même article, dit qu'il a vu juger qu'une assignation dont la copie avait été laissée à un domestique de l'assigné, hors du domicile, était nulle, et Theveneau va jusqu'à dire qu'une assignation au mari serait aussi nulle, si elle était laissée à la femme hors du domicile de celui-ci.

« Toutes ces observations prouvent que l'huissier doit nécessairement mentionner le lieu où il a notifié l'exploit; ce qu'il est tenu de faire non-seulement lorsqu'il le remet à un autre que le défendeur, comme dans tous les cas ci-dessus, mais alors même qu'il le notifie à sa personne; autrement, il n'y aurait aucun moyen d'assurer la remise ou de la constater, ou de faire valoir la nullité d'un exploit qui aurait été fait hors le ressort d'un huissier. (BERRIAT, p. 80, not. 53.) » *V.* notre *Quest.* 284 *ter.*

Un arrêt de la Cour de Besançon du 16 juin 1809 (*J. Av.*, t. 3, p. 230), a aussi jugé qu'un exploit est nul, lorsqu'il porte avoir été remis à la personne rencontrée hors de son domicile, en parlant à son avoué. Ces derniers mots font douter en effet que la personne ait elle-même reçu la copie, et les premiers démontrent que ce n'est pas à son domicile qu'elle a été portée.]]

Supp. alph., v° *Ajourn.*, n. 128.

361. *Un clerc, un secrétaire, un commis, sont-ils considérés comme des serviteurs, en sorte que l'huissier pourrait leur remettre valablement la copie?*

Ne nous arrêtons point à ce que l'on pourrait attacher d'humiliant à la qualité de *serviteur*, et disons, sans craindre de choquer personne, qu'un clerc, un commis, un secrétaire, sont véritablement au service de l'assigné; que conséquemment, l'exploit dont la copie leur est laissée est valable. C'est une vérité attestée par une jurisprudence uniforme et constante.

[[C'est l'avis unanime de MM. FAVARD DE LANGLADE, t. 1, p. 143, n° 4; THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 170; BONCENNE, t. 2, p. 205 et 206; et BOITARD, t. 1, p. 270. (*V.* aussi notre *Question* suivante et le *Traité de la Compétence* de M. CARRÉ, éd. in-8°, t. 6, p. 27, art. 317, n° 446.)

La jurisprudence l'a aussi consacré, dans de nombreuses espèces, en validant des exploits remis :

A un commis; Rennes, 5 janvier 1814 (*J. Av.*, t. 13, p. 47)

A un clerc; Nîmes, 17 avril 1812 (*J. Av.*, t. 13, p. 186).

A un employé; Metz, 25 février 1820 (*J. Av.*, t. 13, p. 275); Bordeaux, 24 août 1831 *J. Av.*, t. 43, p. 431); et Cass., 2 mars 1833 (DALLOZ, t. 33, 1re partie, p. 325).

A un homme d'affaires; Besançon, 28 juin 1816 (*J. Av.*, t. 13, p. 237.) Mais un fondé de pouvoir qui ne serait pas domicilé avec l'assigné, ne pourrait recevoir la copie (Limoges, 19 août 1818; *J. Av.*, t. 3, p. 223, 8e espèce). V. Q 353 *bis.*

Au portier de la maison (1), que l'exploit s'adresse au propriétaire ou au

---

(1) [M. Carré, dans une note manuscrite, disait que le portier devait être considéré comme un serviteur commun de toutes les personnes qui habitent la maison, et *d'ailleurs présumé fidèle.* — En fait, il est néanmoins certain que fort souvent le portier est l'ennemi le plus déclaré d'un des locataires. Il faudrait au moins qu'avant de remettre la copie à un portier, l'huissier s'adressât à la partie de la maison habitée par

locataire, ou au fonctionnaire officiellement logé dans l'hôtel, et encore qu'on ait désigné la portière à qui l'huissier a parlé, sous le nom d'une femme de service, ce qui ne peut constituer un faux, car elle l'est réellement. Lyon, 25 mai 1816 (*J. Av.*, t. 13, p. 47, 3e espèce); Toulouse, 10 mai 1826 (*J. Av.*, t. 31, p. 266); Paris, 9 novembre 1830 (*J. Av.*, t. 40, p. 262).

Au jardinier du château où l'assigné a son domicile. Cass., 26 mars 1822 (*J. Av.*, t. 24, p. 91) (1).

Mais l'exploit qui serait remis à une fille, qui a déclaré s'appeler N....., couturière, ne peut être déclaré valable : cette qualité n'exprimant aucun des rapports de dépendance ou de cohabitation indiqués par l'art. 68. Pau, 26 juillet 1809 (*J. Av.*, t. 12, p. 469).]] **Supp. alph.**, v° *Exploit*, n. 129 et suiv.

Add. — 361 bis. *Mais lorsqu'il y a diversité d'intérêts, soit entre le propriétaire de la maison et ses locataires, soit entre ces locataires, et que l'exploit remis au portier est relatif aux contestations qui les divisent, ce dernier peut-il, en ce cas, être considéré comme le serviteur de celui auquel l'exploit est signifié?*

Cette question s'est présentée devant le tribunal civil de Paris, dans une espèce, où une saisie-arrêt ayant été omise entre les mains des locataires contre leur propriétaire, les premiers n'avaient pas reçu la copie de cette opposition : on disait qu'en semblable circonstance, où il y avait diversité d'intérêts entre le propriétaire saisi et les locataires tiers saisis, le premier avait un grand intérêt à faire disparaître les copies; que le portier ne devait plus être considéré comme l'homme, comme le serviteur des locataires, puisqu'il était sous la dépendance immédiate du propriétaire, et qu'il y aurait une souveraine imprudence à l'huissier, qui ne peut ignorer ces circonstances, à mettre les copies entre les mains de la partie saisie.

Nonobstant ces moyens, le tribunal, par jugement du 17 février 1829, a jugé valable la remise faite au portier, « attendu que les portiers et concierges « doivent être considérés comme préposés pour recevoir les lettres, paquets « et écritures qui sont adressés aux locataires; qu'en ce sens, ils peuvent être « considérés comme leurs serviteurs; que l'art. 68 du Code de procédure au- « torise à remettre les copies et ajournements aux serviteurs des parties assi- « gnées. »

Ce jugement nous semble bien rendu. Les présomptions d'influence de l'intérêt du propriétaire sur la fidélité du portier n'empêchent pas qu'il ne soit véritablement un serviteur de chacun des locataires : la remise de la copie lui est donc valablement faite. C'est aux locataires à se pourvoir par les voies de droit contre le propriétaire ou le portier, s'ils se croient fondés à articuler des faits de dol ou de fraude de leur part, et leur action n'aurait alors pour but que la réparation, par des dommages-intérêts, du préjudice qu'ils auraient éprouvé par suite de la prévarication du portier. **Carr.**

[[Nous approuvons la décision du tribunal de la Seine, sans toutefois nous dissimuler les graves inconvénients de ces remises d'exploit aux portiers. (V. *suprà*, *Quest.* 361, à la note.]] **Supp. alph.**, v° *Exploit*, n. 136.

---

l'assigné. Ce portier serait alors plutôt considéré comme un voisin que comme un serviteur. Toutefois nous n'étendons pas notre opinion au delà d'un simple conseil. M. Carré lui même, *Quest* 361 *bis*, cite une espèce qui démontre la possibilité d'une partialité.]

(1) [Dans une consultation délibérée le 1er mai 1821, avec MM. Morel, Bernard et Richelot, M. Carré a soutenu cette opinion.]

362. *Quelles sont en général les précautions qu'un huissier doit prendre pour satisfaire complètement à la disposition de l'art.* 61, *qui exige que l'exploit contienne mention de la personne à laquelle la copie a été laissée ?*

A ne considérer que cette seule disposition, on ne trouverait aucun embarras dans son application ; il suffirait que l'huissier eût indiqué d'une manière quelconque la personne à laquelle il aurait laissé l'exploit, pour que le vœu de la loi fût rempli.

Mais si on rapproche cette disposition de celle de l'art. 68, qui veut que l'huissier, dans le cas où il ne rencontre point la partie à son domicile, ne remette la copie aux personnes qui s'y trouvent qu'autant qu'elles sont du nombre des parents ou serviteurs de celle-ci, on verra naître plusieurs difficultés par rapport à son application.

En effet, l'exploit doit porter en lui-même la preuve que la copie a été remise à une personne ayant qualité pour la recevoir : la mention exigée par l'art. 61 doit donc être conçue de manière à justifier que l'huissier, dans la remise qu'il en a faite, s'est rigoureusement conformé à l'art. 68.

Or, il s'y est conformé toutes les fois qu'ayant remis la copie à la personne même de l'assigné, il a mentionné qu'il l'a fait *en parlant à sa personne, trouvée soit a son domicile, soit partout ailleurs.*

Il s'y est également conformé toutes les fois que, n'ayant point trouvé l'assigné en son domicile, il mentionne qu'il *y a laissé la copie* à une personne qu'il a eu soin de désigner, ou par son nom, qui conduit à faire connaître sa qualité de parente ou de serviteur de l'assigné, ou par sa qualité, si elle exprime ses rapports de parenté ou de domesticité.

Ainsi, premièrement, tout exploit qui contient mention du nom de la personne à qui la copie a été laissée est valable, conformément à l'art. 61, encore bien qu'il ne soit pas dit que cette personne est parente ou serviteur *de l'assigné.*

Mais, en ce cas, on sent que l'huissier qui se serait ainsi borné à mentionner le nom de la personne, sans indiquer sa qualité, courrait les risques de voir prononcer la nullité de son exploit, si l'assigné prouvait que cette personne n'appartînt pas à sa famille ou ne fût pas à son service.

L'officier ministériel aurait, dans cette circonstance, à s'imputer la faute de ne s'être pas assuré que cette personne avait la qualité nécessaire pour qu'il fût autorisé à lui laisser copie. (Cass., 23 janv. 1810; *S.*, t. 10, 1re part., p. 130; et *J. Av.*, t. 3, p. 134, 6e espèce.)

Deuxièmement, tout exploit qui désigne la personne à qui la copie est laissée sous la qualification de *parent* ou de *serviteur*, ou sous toutes autres dénominations équivalentes, comme *frère, oncle, cousin*, etc., comme *domestique, fille ou garçon de confiance, commis, employé, salarié, aide de travail, bonne, femme de chambre, portier*, etc., est valable, lorsque l'huissier a en même temps exprimé que les rapports qui dérivent de ces diverses qualités existent entre l'individu qui dit les avoir, et celui auquel l'exploit s'adresse.

Si donc la copie a été laissée à un individu qui s'est dit *parent*, il faut mentionner qu'il s'est dit *parent de l'assigné;* s'il s'est dit *père, frère, oncle, cousin*, il faut également mentionner qu'il s'est déclaré *père de l'assigné, frère de l'assigné*, etc.; enfin, s'il a répondu être *domestique, portier, serviteur*, etc., il faut encore mentionner qu'il s'est dit *domestique de l'assigné, portier de l'assigné, serviteur de l'assigné*, etc., etc., ou suppléer à ces mots *de l'assigné*, par le pronom *son, sa.*

Un exploit serait donc déclaré nul, s'il mentionnait seulement que la copie a été laissée *à un serviteur, à un domestique, à un salarié*, etc., sans indiquer

que ce serviteur, ce domestique ou ce salarié, est au service du défendeur (1).

Remarquons en outre, à l'égard d'un exploit qui mentionnerait que la copie aurait été remise à un *portier*, sans exprimer que ce fût celui de la maison de l'assigné, que cet exploit pourrait être annulé, parce que ses rapports de serviteur avec lui ne seraient pas suffisamment établis, le portier de toute autre maison pouvant se trouver dans la sienne, comme tout autre domestique que le sien eût pu s'y trouver également.

Mais mentionner la remise faite *au portier de la maison*, sans ajouter que cette maison est celle de l'assigné, ce ne serait pas, à notre avis, commettre une nullité, si toutefois l'huissier avait déclaré s'être rendu au domicile de celui-ci.

Il serait évident, par suite de la déclaration, que le portier serait celui de la maison de l'assigné; or, le portier d'une maison est le serviteur de tous ceux qui l'habitent.

Nous avons noté que les observations générales, déduites d'une foule d'arrêts, suffisent pour prévenir la plupart des nullités que pourrait entraîner la violation de la disposition de l'art. 61; elles ne sont au reste que des conséquences de ce passage d'un arrêt de la Cour de cassation du 24 ventôse an 11 (*J. A.*, t. 13, p. 42), rapporté par les auteurs du *Praticien*, t. 1, p. 302 :

« Il faut que la personne à qui l'exploit a été remis soit indiquée par son nom, ou par ses qualités, ou par ses rapports avec la partie assignée, *ou du moins qu'il soit fait mention de l'interpellation qui lui a été faite, ainsi que de sa réponse ou de son refus* (2). » (*V.* aussi l'arrêt du 5 thermidor an 13; *J. Av.*, t. 13, p. 45, 1re espèce; Cass., 25 février 1810; *S.*, 1810, p. 130.)

[[(3) Deux principes régissent cette matière :

1° Il faut que l'huissier remette la copie à une personne de l'une des qualités désignées par l'art. 68.

---

(1) Il est vrai que, par arrêt du 22 janv. 1810, la Cour de cassation avait décidé qu'un exploit donné en parlant à une *servante-domestique* était valable, quoique rien ne fît connaître que cette servante fût celle de l'assigné (*S.*, t. 10, 1re part., p. 117, et *J. Av.*, t. 13, p. 48, § 7). La Cour d'appel de Rennes, par arrêt du 26 avril et 18 août 1810 (*Journ. de cette Cour*, t. 1, p. 116 et 392; et *J. Av.*, t. 13, p. 49, 1re espèce), a aussi prononcé dans le même sens. Mais désormais la jurisprudence sur ce point de forme nous paraît fixée par les arrêts suivants de la Cour de cassation.

1° Du 15 fév. 1810, par lequel la section des requêtes a jugé qu'un exploit notifié au domicile d'un négociant, parlant *à un commis*, était nul, parce qu'il n'était pas dit que ce commis fût celui de *l'assigné* (*S.*, t. 10, et *J. Av.*, t. 13, p. 46. 1re esp.)

2° Du 28 août suivant, par lequel la même Cour a déclaré nul un exploit signifié en parlant à *une domestique*, par le même motif qu'il n'était pas dit que cette domestique, quoique trouvée au domicile du défendeur, fût à son service (*J. Av.*, t. 13, p. 50, 1re espèce).

3° Du 4 nov. 1811, qui annulle un exploit dans lequel un huissier se bornait à mentionner qu'il l'avait remis *à une fille de confiance*. (*S.*, t. 12, p. 32.)

4° A plus forte raison, l'exploit serait-il nul, si l'on n'indiquait ni le nom, ni la qualité; par exemple, quand l'huissier déclarerait avoir remis la copie à *une femme* (Cass. 7 août 1809, *S.*, t. 9, 1re part., p. 149, et *J. Av.*, t. 13, p. 45, 3e esp.), *ou à une personne qui n'a pas dit son nom* (Cass., 20 juin 1808, *S.*, t. 9, p. 81).

Enfin, bien que la qualité soit mentionnée, l'exploit serait nul, s'il était prouvé que cette qualité n'appartiendrait pas à la personne qui aurait reçu la copie. C'est ainsi que, par arrêt du 20 mai 1812 (*J. Av.*, t. 13, p. 188), la Cour de Bruxelles a annulé un exploit portant remise au fils de l'assigné, tandis qu'il était prouvé que celui-ci n'avait point de fils.

(2) [En ce qui concerne la restriction contenue dans les mots soulignés, *voy.* les *Quest.* 309 et 348.]

(3) [Voir notre question précédente, et la *Quest.* 363.]

2° Il faut qu'il mentionne la qualité de cette personne, c'est-à-dire la nature des rapports que cette qualité établit entre elle et l'assigné, ou que du moins les termes dont il se sert pour l'indiquer puissent fournir le moyen de s'assurer de cette qualité.

Si l'un ou l'autre de ces deux principes sont violés, l'exploit est nul, parce que, dans le premier cas, les précautions voulues par la loi n'ayant pas été remplies, dans le second cas, rien n'attestant qu'elles l'aient été, il est toujours douteux que l'exploit soit parvenu à la personne assignée.

Mais de quels termes résultera la mention suffisante de la qualité de la personne à qui on aura remis la copie? Ici, comme on le sent, la question devient purement une question de fait, qui peut changer de face dans chaque espèce, sur laquelle on ne peut point donner de règle fixe, et qu'il n'appartient qu'aux tribunaux de décider suivant les diverses circonstances des affaires qui leur sont soumises. Aussi l'on trouve une multitude d'arrêts qui, au premier abord, semblent contradictoires, et qui ne le paraîtraient peut-être point si l'on était bien fixé sur les faits de chaque cause.

Faut-il mentionner le nom de la personne qui reçoit la copie? Il semble que son nom ne soit pas rigoureusement exigé; car ce n'est pas son individualité dont la loi demande la constatation, c'est seulement l'expression de ses rapports avec la personne assignée. Si donc ceux-ci sont clairement désignés, le nom paraît sans conséquence. Néanmoins l'on conviendra qu'il sera toujours utile de le faire connaître, si ce n'est pour remplir une obligation légale, du moins pour donner au fait de son accomplissement un degré de plus de certitude et d'authenticité.

Mais, au contraire, l'indication du nom serait nuisible, s'il désignait une personne qui n'aurait point qualité pour recevoir l'exploit, encore qu'on la lui attribuât, Aix, 7 mai 1809 (*J. Av.*, t. 12, p. 467) : et elle serait sans résultat, si du nom il était impossible de conclure la qualité, parce que ce nom se rapporterait à plusieurs personnes; Bruxelles, 28 octobre 1822 (*Journ.* de cette Cour, t. 2, de 1822, p. 292).

Quant à la mention textuelle de la qualité, elle serait suffisamment remplacée par la simple mention du nom, si ce nom ne pouvait être attribué qu'à une personne qui eût réellement la qualité exigée par la loi, et l'on peut ajouter même que, si l'exploit attribuait à la personne à qui il est remis une qualité qui ne serait pas la sienne, il ne serait pas nul, pourvu que cette personne, étant d'ailleurs désignée par son nom, fût du nombre de celles à qui la loi attribue capacité pour recevoir la copie.

Mais, par la raison contraire, si la personne n'étant désignée que par sa qualité, il était reconnu qu'il n'existe auprès de l'assigné aucun individu ayant avec lui les rapports que cette qualité exprime, le vœu de la loi ne serait pas rempli (1). *V.* la *Quest.* 348.

Enfin, comme il est certain que c'est dans les relations de cohabitation avec l'assigné que la loi fait presque toujours consister la capacité de recevoir la copie, et non pas dans la qualité prise d'une manière absolue, de telle ou telle personne, ce sont aussi ces relations qui doivent être exprimées dans l'acte, lorsqu'il ne contient pas une désignation individuelle, et non pas simplement les qualités de fils, frère, cousin, serviteur, domestique, parce que, de cette façon, rien n'indiquerait que ce fût le serviteur, le parent de la partie.

---

(1) La Cour de Bruxelles a rendu le 12 juill. 1815 (*J.* de cette même Cour 1815, t. 2, p. 58), une décision diamétralement opposée à ce principe, que nous croyons devoir maintenir.

Tel nous paraît être le résumé de la doctrine et de la jurisprudence sur ce point important. On peut consulter, à cet égard, MM. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 178; FAVARD DE LANGLADE, t. 1, p. 138, n° 4; DALLOZ, t. 7, p. 780, nos 11 et 12; MERLIN, *Quest. de droit*, t. 3, p. 57; THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 169 et 170; BONCENNE, t. 2, p. 208 et 209, et BOITARD, t. 1, p. 271 et 272.

Quant aux décisions judiciaires, voici l'analyse fidèle de celles qui n'ont pas été citées par M. Carré.

1° Le nom de la personne est inutile à mentionner, mais l'indication de sa qualité est indispensable; Bruxelles, 12 juillet 1810 (*J. Av.*, t. 3, p. 198, 2e esp.); Montpellier, 4 février 1811 (*J. Av.*, t. 13, p. 101, 4e espèce), 2 juin 1829 (*Journ.* de cette Cour, t. 2 de 1829, p. 57), et 15 février 1832 (*J. Av.*, t. 45, p. 477); Poitiers, 13 juin 1822 (*J. Av.*, t. 24, p. 191); cass., 19 décembre 1826 (*J. Av.*, t. 32, p. 143); Bruxelles, 25 juillet 1835 (*Journ.* de cette Cour, 1835, 2e part., p. 443); Riom, 11 janvier 1837 (*J. Av.*, t. 54, p. 85, et *J. P.*, t. 2 de 1837, p. 380), et Rouen 27 février 1838 (*J. Av.*, t. 54, p. 348). D'où il suit que le vœu de la loi n'est pas rempli, si on dit avoir remis la copie à une citoyenne, à une femme, à un tel; Bruxelles, 4 avril 1807 (*J. Av.*, t. 13, p. 45, 2e espèce); Montpellier, 6 février 1811; Rennes, 13 mai 1814 (*J. Av.*, t. 13, p. 51), et Bordeaux, 5 juin 1829 (*J. Av.*, t. 37, p. 176).

2° L'omission de la qualité, ou la mention d'une qualité fausse ne vicierait pas cependant l'exploit, si la personne désignée avait une des qualités exigées par la loi. Bruxelles, 5 février 1810 (*J. Av.*, t. 13, p. 274), 12 juillet 1815 (*J. Av.*, t. 13, p. 231), et 15 février 1832 (*J. Av.*, t. 45, p. 477); Caen, 15 janvier 1827 (*J. Av.*, t. 34, p. 345); Poitiers, 11 mars 1830 (*J. Av.*, t. 3, p. 124), et cass., 28 janvier 1834 (*J. Av.*, t. 46, p. 350).

3° Il ne suffit pas de la qualité, mais il faut encore l'expression des rapports qui en résultent. Cass., 11 messidor an XI, et 18 nivôse an XII (*J. Av.*, t. 13, p. 48); Bourges, 4 novembre 1811 (*J. Av.*, t. 13, p. 49, 2e espèce), et 4 janvier 1829 (*Courrier des Tribunaux* de ce jour); cass., 14 décembre 1815 (*J. Av.*, t. 13, p. 52), et 15 janvier 1833 (*J. Av.*, t. 44, p. 171).

Néanmoins on trouve, en sens contraire, les arrêts de la Cour de cassation, 26 novembre 1816 (*J. Av.*, t. 13, p. 51, 3e espèce); Rennes, 18 décembre 1811 (*ibid.*, 2e espèce), et 18 août 1810 (p. 49, 1re espèce); Bourges, 7 mars 1810 (*J. Av.*, t. 3, p. 275), et Grenoble, 22 janv. 1824 (*J. Av.*, t. 29, p. 119).]] **Supp. alph.**, v° *Expl.*, n. 113.

[[**362** bis. *Si l'exploit destiné à plusieurs personnes habitant ensemble est remis, soit en une seule copie s'il s'agit de mari et femme* (Voir *Quest.* 348 bis), *soit en autant de copies qu'il y a de défendeurs, à une seule d'entre elles, sans désigner clairement laquelle, est-il valable?*

Il faut distinguer.

Ces personnes n'ont-elles pas, l'une à l'égard de l'autre, les rapports indiqués par l'art. 68? la remise ne sera point valable, parce qu'il ne sera pas constaté qu'elle ait été faite, soit au défendeur lui-même, soit aux individus désignés par la loi pour la recevoir (1).

Mais ces rapports existent-ils entre les divers assignés; par exemple, sont-ce deux époux, ou deux frères? évidemment il suffira de dire que la remise a été faite à l'un des deux, sans désigner lequel. En effet, n'avons-nous pas décidé, sous la question précédente, qu'il est inutile de constater l'individua-

(1) Il en serait autrement si la remise avait été faite au codéfendeur comme à un voisin, et en suivant les formalités indiquées pour ce cas particulier.

lité de la personne qui reçoit, pourvu qu'on la désigne comme revêtue de la qualité qui donne pouvoir pour recevoir?

Or si les divers assignés ont entre eux ces qualités, la remise sera réguliere à l'égard de tous, car l'un d'eux l'aura reçue personnellement, les autres par l'entremise d'une personne qui avait pouvoir de la leur transmettre : que faut-il de plus?

Ainsi l'ont décidé les Cours de Bruxelles, le 13 mars 1828 (*Journ.* de cette Cour, t. 1 de 1828, p. 191), et de Bourges, le 20 août 1832 (*J. Av.*, t. 47, p. 559). Mais ces principes, qui sont vrais, ont été méconnus par quatre arrêts des Cours de Liége, 8 décembre 1814 (*J. Av.*, t. 13, p. 229); de Lyon, 13 janvier 1825 (*J. Av.*, t. 28, p. 188); de Bourges, 21 mars 1823 (*J. Av.*, t. 13, p. 229), et 30 août 1828 (*J. Av.*, t. 35, p. 351.]]

363. *Mais l'exploit qui mentionnerait la remise à un domestique, ou une* SERVANTE-DOMESTIQUE, *n'énonce-t-il pas implicitement, par l'addition de ce mot* DOMESTIQUE, *que cette servante est celle de l'assigné?*

Nous venons de dire, à la note de la page précédente, que la Cour de cassation et celle de Rennes avaient déclaré valable un exploit laissé *à une servante-domestique*, trouvée à domicile, quoiqu'il ne fût pas dit que cette servante fût celle de l'assigné. La Cour de Rennes a jugé depuis, le 18 décembre 1811 (*J. Av.*, t. 13, p. 51, 2e espèce), que l'exploit était valable, même dans le cas où il était exprimé qu'il avait été laissé à *une domestique*, sans ajouter le mot *servante*. Cependant, par arrêt du 28 août 1810, la Cour de cassation avait prononcé la nullité d'un exploit dont le *parlant à* était conçu de la sorte. (V. *S.*, t. 10, 1re part., p. 384, et *J. Av.*, t. 13, p. 50, 1re espèce.)

On a cru voir une opposition formelle entre ces différents arrêts, parce qu'on a supposé que ces mots, *servante*, *domestique*, avaient la même signification.

Nous remarquerons, au contraire, qu'ils sont loin d'être des expressions synonymes ne signifiant rien de plus l'une que l'autre, et que leur cumulation n'est point une vaine redondance et un pléonasme.

En effet, l'ordonnance de 1667, tit. 22 art. 14, prescrivait de demander à un témoin, avant de commencer sa déposition, s'il était *serviteur* ou *domestique*, parent ou allié de l'une des parties; et l'art. 283 du Code de procédure déclare que, lors d'une enquête, on pourra reprocher les *serviteurs* et *domestiques*.

Il faudrait donc aussi déclarer que la loi aurait employé ici des expressions redondantes, et qu'en disant que les *serviteurs* et *domestiques* pourront être reprochés, le législateur a fait un pléonasme.

Jousse fait observer, au contraire, sur le texte de l'ordonnance, « qu'il ne « faut pas confondre le mot *serviteur* avec celui de *domestique*. Domestiques « sont ceux qui habitent la même maison et mangent à la même table, sans « être serviteurs. »

Les expressions *servante-domestique*, sont donc l'équivalent de celles-ci : *Servante de la même maison* (1).

---

(1) On devrait l'entendre ainsi, lors même qu'il y aurait quelque raison de douter; car, suivant les règles communes, qui ne s'appliquent pas moins aux actes judiciaires qu'à des conventions, il convient d'entendre les expressions qui seraient susceptibles de deux sens, de manière à faire produire effet à l'acte, plutôt qu'à le détruire. C. C., art. 1157 et 1158.

C'est pourquoi la Cour de cassation a déclaré valable un exploit donné à comparaître devant elle, et délivré à une *servante-do-*

[[Nous croyons qu'il ne faut pas se montrer trop exigeant pour le pronom *son*, *sa*, *ses*, lorsqu'il résulte d'autres expressions ou circonstances de l'acte, que la personne désignée comme parente ou serviteur, est bien réellement parente ou serviteur de la partie; car il est difficile de croire qu'en se servant de ces mots, l'huissier ait eu l'intention d'exprimer une autre idée.

L'arrêt, qui, comme celui de la Cour de Grenoble, du 22 janv. 1824 (*J. Av.*, t. 29, p. 119) se fonderait, pour valider un exploit, sur ce que l'expression de *servante-domestique* serait synonyme de celle-ci : *servante de la maison*, nous paraîtrait donc à l'abri de la cassation.

Mais il n'en est pas moins vrai qu'une pareille désignation peut, dans des circonstances données, se trouver insuffisante; et en effet, elle a été jugée telle par les Cours de Poitiers, le 30 juin 1825 (*J. Av.*, t. 29, p. 119), et de Bourges, le 17 nov. 1828 (*J. Av.*, t. 36, p. 60). *Voy.* notre *Quest.* 362.]]

[[**363** bis. *L'huissier est-il tenu de requérir la signature des parents ou des serviteurs à qui il remet la copie?*

Cette question se trouve examinée en peu de mots, et résolue pour la négative, dans une consultation inédite de M. Carré, dont le passage est trop succinct et trop peu important pour être rapporté.

Il était, en effet, impossible de la résoudre autrement. L'art. 68 n'exige la signature du voisin que pour remplacer la garantie qu'offre, dans la personne des parents ou serviteurs, leur cohabitation avec la personne assignée; aussi la nécessité de la signature est-elle taxativement restreinte, par le texte, au voisin interpellé en l'absence des autres, et il n'y a nul motif d'étendre cette disposition.]]

364. *L'huissier qui ne trouve personne au domicile de l'assigné doit-il, à peine de nullité, indiquer dans l'exploit la demeure et le nom du voisin auquel il offre la copie?* [[*Doit-il s'adresser à plus d'un voisin?*]]

On dit, pour l'affirmative, que, si les huissiers n'étaient pas tenus d'énoncer le nom et la demeure du voisin à qui la loi les oblige de remettre la copie, ils pourraient commettre toute espèce de faux impunément, parce qu'on ne pourrait jamais les en convaincre; on ajoute que, n'étant pas juges souverains des rapports qui constituent le voisinage, ils doivent faire connaître les individus qu'ils qualifient de voisins, afin que les tribunaux puissent s'assurer que le vœu de la loi a été rempli.

A l'appui de cette opinion, l'on peut citer un arrêt rendu le 28 juin 1810

---

mestique, attendu que le vœu de la loi était suffisamment rempli (*Arrêt du* 22 février 1810, indiqué *suprà*, à la note de la *Quest.* 362).

Il serait déraisonnable de supposer que la Cour de cassation se serait écartée de la rigueur des règles, parce qu'il s'agissait d'un exploit donné à comparaître devant elle, et qu'elle jugeait souverainement. La Cour régulatrice ne donne point l'exemple aux tribunaux de juger arbitrairement et de s'affranchir des règles, lorsqu'ils jugent souverainement.

Ce serait aussi mal à propos que l'on prétendrait mettre les arrêts précités en opposition avec ceux qui ont jugé que l'expression isolée de domestique, ou l'expression isolée de commis, ne peut suffire. Tous ces arrêts sont parfaitement dans la règle. Il faut que l'exploit, qui n'est point remis à la personne même, le soit à son domicile, à l'un de ses serviteurs ou de ses parents; il ne suffit pas de remettre à un commis, à un domestique, qui peuvent ne pas appartenir à la maison, mais il suffit de le remettre à un domestique de la maison, à une servante de la maison, à une *servante-domestique;* ce qui signifie la même chose que *servante de la maison*.

par la Cour d'appel de Bruxelles (V. *S.*, t. 10, 2e part., p. 398, et *J. Av.*, t. 13, p. 150). Cet arrêt a déclaré nul un exploit de signification de jugement remis à l'adjoint d'un maire, par le motif que cet acte ne désignait pas la maison du voisin qu'il relatait n'avoir pas voulu décliner son nom, et en même temps parce que l'huissier ne s'était point adressé à l'autre maison voisine, pour présenter son exploit à signer à l'habitant de cette maison ; précautions, dit la Cour, sans lesquelles le but de la loi serait manqué.

Il résulterait de cette décision que l'huissier serait tenu d'énoncer le nom du voisin, ou du moins qu'il serait nécessaire d'indiquer la maison.

Quoi qu'il en soit, l'art. 1030 du Code de procédure portant qu'aucun exploit ne peut être déclaré nul, si la nullité n'est pas *formellement* prononcée par la loi, et l'art. 68 n'exigeant point expressément l'indication du nom et de la demeure du voisin, nous ne croirions pas que l'on fût bien fondé à déclarer nul un exploit qui ne contiendrait pas cette indication (1).

[[L'impossibilité où serait l'huissier de désigner le nom du voisin auquel il se serait adressé, si celui-ci refusait de se nommer, nous paraît une considération déterminante pour ne pas lui en faire une obligation. C'est l'avis de M. FAVARD DE LANGLADE, t. 1, p. 143, n° 6. Cependant M. BONCENNE, t. 2, p. 214, exprime fugitivement l'opinion contraire. Mais la Cour de Bruxelles, qui l'avait d'abord embrassée, par son arrêt précité du 28 juin 1810, est revenue sur sa jurisprudence, et a jugé positivement dans le sens que nous adoptons, les 12 juillet 1819 (*Journ.* de cette Cour, t. 1, de 1819, p. 81), et 11 janvier 1832 (*J. Av.*, t. 45, p. 477). La Cour de cassation de France a aussi appuyé cette doctrine de son autorité, le 3 février 1835 (*J. Av.*, t. 48, p. 301), ainsi que les Cours d'Orléans, le 23 janvier 1814, de Metz, le 26 nov. 1818 (*J. Av.*, t. 13, p. 225), de Montpellier, 12 août 1807 *J. Av.*, t. 13, p. 100.)]]

Supp. alph., v° *Exploit*, n. 141 et 142.

365. *S'il est douteux qu'un exploit soit nul, parce que le voisin auquel la copie aurait été offerte n'eût pas été désigné par son nom et sa demeure, ne doit-on pas du moins prononcer la nullité de celui dont la copie aurait été remise au maire, s'il ne mentionnait pas que l'huissier n'a trouvé ni la partie, ni des parents ou serviteurs, ni des voisins ?*

Il faut remarquer que l'art. 68 n'autorise l'huissier à remettre la copie au maire ou à l'adjoint de la commune, que lorsque le voisin ne peut ou ne veut signer, et que l'huissier doit faire mention du tout, tant sur l'original que

---

(1) L'objection tirée de ce que l'huissier trouverait en cela un moyen de violer *impunément* la loi ne nous paraît pas assez sérieuse pour repousser l'application de l'art. 1030 ; car la copie devant, en dernière analyse, être laissée au maire ou à l'adjoint, il est présumable que l'un ou l'autre de ces fonctionnaires ne manquera pas de s'informer de l'existence de l'assigné, et de lui faire tenir la copie : c'est un devoir sacré envers les administrés.

Si l'on admettait la nullité de l'assignation qui ne contiendrait pas le nom et la demeure du voisin, on devrait du moins décider que la signature de celui-ci, apposée sur l'original, suppléerait, dans le *parlant à*, à la mention du nom et même de la demeure : ce ne serait donc que dans le cas où le voisin aurait refusé de signer l'original et de se charger de la copie, que l'huissier devrait mentionner le nom et la maison de celui-ci, en constatant toutefois qu'il n'y avait pas d'autres voisins auxquels il pût s'adresser. [V. *infrà* les *Quest.* 367 et 368.]

Mais en cas que le voisin auquel la copie aurait été offerte eût, en refusant de l'accepter et de signer l'original, refusé en outre de décliner son nom, on sent que l'on ne pourrait argumenter du défaut de mention du nom dans l'acte, car aucune loi n'ordonne à l'huissier de s'enquérir du nom de la personne à laquelle il remet la copie autrement que de cette personne elle même.

sur la copie. Or, l'art. 70 dispose que ce qui est prescrit par l'art. 68 doit être observé à peine de nullité : si donc un huissier se borne à mentionner qu'il n'a trouvé au domicile ni la partie, ni aucun de ses parents ou serviteurs, sans exprimer qu'il a offert la copie de l'exploit à un voisin de l'assigné, cet exploit est nul.

Il le serait également dans le cas même où l'on maintiendrait, comme un fait constant, que le domicile de l'assigné serait éloigné de toute habitation à une longue distance; car, dans ce cas, l'huissier devrait en faire mention dans l'exploit (Liége, 22 mars 1809; *Biblioth. du Barr.*, 2e part., 1809, p. 266; et *J. Av.*, t. 13, p. 100).

[[MM. PICEAU, *Comm.*, t. 1, p. 193, THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 171, et BONCENNE, t. 1, p. 214, enseignent aussi, et avec raison, que l'exploit remis au maire ou à l'adjoint, doit mentionner l'impossibilité où s'est trouvé l'huissier de le remettre à un voisin. Une nombreuse jurisprudence l'atteste d'ailleurs : elle se compose des arrêts de la Cour de cassation, du 24 juin 1816 (*J. Av.*, t. 13, p. 100), et du 12 nov. 1822 (*J. Av.*, t. 24, p. 314), et des Cours de Rouen, 1er août 1810 (*J. Av.*, t. 13, p. 100); de Montpellier, 4 fév. 1811 (*ibid.*); d'Orléans, 29 juillet 1812 (*J. Av.*, t. 13, p. 198); de Rennes, 21 août 1820 (*J. Av.*, t. 13, p. 84); de Douai, 5 mars 1827 (*J. Av.*, t. 32, p. 264); d'Orléans, 20 juillet 1827 (*J. Av.*, t. 34, p. 351); de Limoges, 4 janv. 1828 (*J. Av.*, t. 36, p. 51), et 1er juin 1814 (*J. Av.*, t. 13, p. 100), et de Toulouse, 22 avril 1828 (*J. Av.*, t. 35, p. 232). De même, lorsque l'exploit est laissé au voisin, il est indispensable qu'il fasse mention de l'absence au domicile de l'assigné, et de sa personne, et de celle de ses parents et serviteurs. Tel est l'avis de tous les auteurs cités, de M. FAVARD DE LANGLADE, t. 1, p. 143, n° 5, et la décision de la Cour de Paris, 31 mars 1813 (*J. Av.*, t. 12, p. 491), et de la Cour de cassation, 25 mars 1812 (*J. Av.*, t. 13, p. 184).

Toutefois les expressions dans lesquelles cette mention doit avoir lieu, ne sont point sacramentelles, et elle peut résulter de termes équipollents, ou de circonstances qui supposeraient nécessairement l'accomplissement de la formalité. Ainsi, par exemple, serait valable l'exploit qui, au lieu de dire que l'huissier n'a trouvé au domicile ni l'assigné, ni aucun de ses parents ou serviteurs, dirait qu'il n'y a trouvé personne; Cass., 3 fév. 1835 (*J. Av.*, t. 48, p. 301); ou même celui qui déclarerait qu'on n'a point trouvé l'assigné à son domicile, ni aucun voisin qui voulût recevoir la copie, la circonstance qu'on s'est adressé au voisin, démontrant suffisamment qu'on n'a trouvé non plus ni parents, ni serviteurs; car on n'aurait pas préféré la voie la plus difficile; Cass., 31 janv. 1825 (*J. Av.*, t. 28, p. 185).]]

Supp. alph., v° *Exploit*, n. 167 et suiv.

[[**365** bis. *Qu'est-ce qu'un domicile élu? Combien y a-t-il de sortes d'élections? Peut-on faire les significations à domicile élu? Dans quels cas?*

L'art. 68 veut que les exploits d'ajournement, et, en général, toutes les significations soient remises à la personne qu'elles concernent ou à son domicile. Or, l'on sait que le domicile d'une personne est le lieu où elle a son principal établissement.

Mais la règle de l'art. 68 ne doit être entendue qu'avec la modification qu'y apporte l'art. 111 du Code civil. Ce dernier texte suppose que l'on peut, soit dans un contrat, soit dans une signification, indiquer un lieu autre que son domicile réel, pour y recevoir les actes auxquels l'exécution de ce contrat ou la réponse à cette signification donneront lieu, et les art. 435, 559, 584, 634, 637, 673, 783, 789, 927 du Code de procédure civile signalent des cas où cette indication est non plus facultative, mais exigée. Le lieu indiqué s'appelle domicile élu, parce qu'il remplace, relativement à tou-

tes les contestations qui surviennent, le domicile réel de la partie. Il y a donc trois sortes d'élections de domicile : l'élection légale, celle qui est exigée par la loi ; l'élection conventionnelle, celle qui est faite dans un contrat ; l'élection volontaire, celle qui, hors des cas prévus par la loi, a lieu dans un acte émané d'une seule des parties.

Quant à l'élection légale, elle a pour objet de désigner le lieu où doivent être adressées toutes les significations relatives à l'exécution ou aux suites immédiates de l'acte qui la contient, et d'attribuer juridiction au tribunal de ce lieu. Mais l'acte d'appel des jugements rendus par ce tribunal, constituant une nouvelle instance, ne pourrait être notifié au domicile élu, il rentrerait dans la disposition de l'art. 456 du Code de procédure civile. *Voy.* nos questions sous cet article, et sous l'art. 584, qui contient une exception à ce principe; cette doctrine est aussi celle de M. DALLOZ, t. 7, p. 795, nos 2 et 3.

Quant à l'élection conventionnelle, on a contesté qu'elle dispensât de la signification à domicile réel. On disait qu'elle n'était qu'attributive de juridiction au tribunal du lieu, en vertu de l'art. 59, qui reproduit, à cet égard, la disposition de l'art. 111, mais que l'art. 68, ne désignant, pour la signification, que le domicile réel, dérogeait à la seconde partie du même art. 111.

Mais cette opinion a été généralement repoussée, comme l'attestent MM. DALLOZ, t. 7, p. 796, n° 7; BONCENNE, t. 2, p. 217, FAVARD DE LANGLADE, t. 1, p. 134, et notamment par un arrêt formel de la Cour de Paris en date du 28 juillet 1811 (*J. Av.*, t. 22, p. 69, et *J. P.*, 3e éd., t. 9, p. 498).

Et, par application du système de ces auteurs et de cet arrêt, il a été jugé que :

La partie qui a fait une élection de domicile pour la signification de tous exploits et actes judiciaires, est valablement assignée à ce domicile élu ; Paris, 12 frim. an IX (*J. P.*, 3e éd., t. 2, p. 55). Cass., 25 germ. an X (*ibid.* p. 537);

Elle peut l'être depuis la publication du Code civil à un domicile élu dans un acte avant le Code; Bruxelles, 3 fruct. an XIII (*J. Av.*, t. 13, p. 82);

L'assignation en paiement d'un effet de commerce peut aussi être donnée au domicile indiqué pour le paiement ; Bruxelles, 30 mars 1807 (*J. Av.*, t. 13, p. 141, 4e espèce); Cass., 4 février 1808 (*J. P.*, 3e éd. t. 6, p. 486); Paris, 26 fev 1808 (*ibid.* p. 535), et 24 sept. 1806 (*ibid.* t. 5, p. 500); Paris, 11 juillet et 25 août 1810 (*ibid.* 5e et 6e esp.), 2 juin 1812 (*J. Av.*, t. 13, p. 190); Bordeaux, 4 février 1835 (*J. Av.*, t. 49, p. 458). (Sur la question de savoir si les significations de jugements et les actes d'appel peuvent aussi être adressés à ce domicile, *V.* les *Quest.* 608 et 1652.)

Cependant l'élection de domicile dans un acte n'empêche pas qu'un exploit ne soit valablement signifié au domicile réel. C'est ce qu'enseignent MM. DALLOZ, t. 7, p. 796, et BONCENNE, t. 2, p. 218, et ce qu'ont jugé la Cour de cassation, le 23 ventôse an X (*J. Av.*, t. 13, p. 54), et la Cour de Bruxelles, le 28 juill. 1811 (*J. Av.*, t. 13, p. 197), en appliquant ce principe aux contestations relatives aux inscriptions hypothécaires.

Et d'ailleurs on ne peut assigner une partie au domicile élu dans un acte pour tout autre objet que l'exécution de cet acte; Rennes, 15 mars 1821 (*J. Av.* t. 19, p. 231); par exemple, la signification du transport d'une créance n'y serait pas valablement faite, puisqu'elle doit précéder tout acte d'exécution; Bruxelles, 30 nov. 1809 (*J. Av.*, t. 21, p. 252); et l'assignation à fin de nomination d'arbitres dans les affaires commerciales, ne peut pas être donnée au domicile élu pour l'appel; Cass., 21 prairial an VIII (*J. Av.*, t. 13, p. 31).

L'élection volontaire de domicile dans un exploit autre que celui d'ajournement (car, dans celui-ci, étant toujours forcée, elle doit être considérée comme légale), donne aussi le droit à l'autre partie d'y faire les significations afférentes. Ainsi les actes de procédure et les jugements peuvent être valablement signifiés au domicile exclusivement élu par une partie dans tous ses

exploits, lorsque son domicile réel est inconnu; Cass., 15 mai 1821 (*J. Av.*, t. 23, p. 182).

Toutes significations, poursuites et demandes relatives à l'instance engagée peuvent être faites au domicile élu dans l'acte d'appel; Cass., 13 germinal an XII (*J. Av.*, t. 13, p. 71); Paris, 24 frimaire an XII (*ibid.* p. 70).

Une demande reconventionnelle peut même être adressée au domicile élu dans l'exploit introductif de l'instance principale; Paris, 21 fév. 1810 (*J. Av.*, t. 13, p. 145), et celui qui a fait des offres réelles est valablement assigné au domicile élu dans ces offres; 7 messidor an XI (*J. Av.*, t. 13, p. 66).]]

Supp. alph., v° *Exploit*, n. 93 et suiv.

[[**365** ter. *Le changement de domicile ou le décès de la personne chez qui l'élection a été faite, en font-ils cesser les effets?*

Non (*V.* la *Quest.* 274). Cette décision doit être suivie, soit que la partie ait élu domicile en sa propre demeure; Cass., 29 mai 1811 (*J. Av.*, t. 13, p. 168), et 24 janv. 1816 (*J. Av.*, t. 13, p 100), et Amiens, 3 avril 1829 (DALLOZ, 1829, 2e part., p. 248), ou dans un hôtel garni où elle habitait momentanément, Paris, 3 mars 1810 (*J. Av.*, t. 13, p. 146), soit que l'élection ait été faite chez un tiers, en sorte que, si elle a eu lieu chez un avoué, ou chez un conservateur des hypothèques, en les désignant par leur nom, la signification ne serait pas valablement faite chez leur successeur qui n'aurait pas le même domicile; Cass., 8 therm. an XI (*J. Av.*, t. 21, p. 236); Grenoble, 24 août 1830 (*J. Av.*, t. 40, p. 214).

C'est aussi l'avis de MM. BONCENNE, t. 2, p. 218, et DALLOZ, t. 7, p. 796. Ce dernier auteur pense néanmoins, n° 9, que l'élection volontaire chez un tiers, étant une espèce de mandat, doit cesser par la mort du mandant ou du mandataire; l'élection légale, n'étant pas dans le même cas, continue d'être obligatoire pour les héritiers de celui qui l'a faite; ainsi ils peuvent être assignés en radiation d'inscription au domicile élu dans le bordereau; Lyon, 12 juill. 1826 (*Journ.* de cette Cour, 1826, p. 237).

Au moins est-il certain que, s'il résulte des termes de l'acte que ce n'est pas à un lieu particulier que la partie ou la loi ont voulu attacher l'élection, mais plutôt à la propre demeure du contractant partout où il pourra résider, ou bien au bureau de tel ou tel fonctionnaire, le lieu compétent pour recevoir les significations changera avec la situation de cette demeure ou de ce bureau.

La Cour de Rouen en a offert un exemple dans l'espèce d'une action en garantie exercée contre les héritiers d'un conservateur des hypothèques, à raison de l'exercice des fonctions de celui-ci.

L'art. 9 de la loi du 21 ventôse an VII, est ainsi conçu : « Les préposés à la conservation des hypothèques auront domicile dans le bureau où ils rempliront leurs fonctions pour les actions auxquelles leur responsabilité pourrait donner lieu. Ce domicile durera aussi longtemps que la responsabilité des préposés; toutes poursuites à cet égard pourront y être dirigées contre eux, quand même ils seraient sortis de place, ou contre leur ayant-cause. »

D'après la Cour de Rouen, 7 novembre 1826 (*J. Av.*, t. 38, p. 117), ce domicile doit s'entendre du lieu où le nouveau conservateur réside, et non pas de celui où résidait celui que l'on actionne en garantie, parce que la loi a voulu désigner le bureau, en quelque lieu qu'il se trouve.]] **Supp. alph.**, n. 96.

Supp. alph., v° *Exploit*, n. 97 et 98. *Quelle responsabilité entraîne l'élection de domicile pour celui chez lequel cette élection est faite.*

366. *Quand un exploit est signifié à un domicile élu, la copie doit-elle être remise, en l'absence de la partie, de ses parents ou serviteurs, au voisin ou au maire, ainsi qu'elle le doit être, lorsque l'exploit est fait au domicile réel?*

Cette question avait été résolue pour la négative, par arrêt de la cour d'ap-

pel de Colmar du 5 août 1809 (V. *Biblioth. du Barr.*, 2e part., 1809, t. 4, p. 3 8, et *J. Av.*, t. 13, p. 68), par le motif « qu'on ne saurait appliquer aux citations « et assignations faites à un domicile élu la rigueur de l'art. 68, qui ne peut « concerner que les exploits et actes faits au domicile réel, attendu que l'é- « lection de domicile est une espèce de mandat aux personnes qui l'occu- « pent, de recevoir les actes et significations qui y seraient remis pour le « compte de celui qui y a un domicile élu. »

[[La Cour de Nancy a jugé, le 21 nov. 1831 (*J. Av.*, t. 44, p. 47), qu'en pareil cas l'huissier devait signifier au procureur du roi, si le domicile réel est inconnu.]]

La décision de la Cour de Colmar a été cassée par arrêt du 29 mai 1811, attendu que l'art. 68 est général, et prononce sans distinction l'obligation des formalités qu'il prescrit, et que la peine de nullité, pour leur inobservation, est posée textuellement par l'art. 70 (V. *S.*, 1811, p. 264, et Cass., 25 mars 1812, *S.*, t. 12, p. 336, et *J. Av.*, t. 13, p. 169 et 184).

[[MM. BERRIAT SAINT-PRIX, p. 203, not. 34, n° 3; FAVARD DE LANGLADE, t. 1, p. 143, n° 5; DALLOZ, t. 7, p. 796, n° 10; MERLIN, v° *Ajournement*, n° 9, et BONCENNE, t. 2, p. 220, partagent cet avis que nous ne croyons pas contestable.]]

367. *Peut-on laisser la copie à un domestique du voisin?*

Non, d'après un arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles du 19 février 1806, rapporté par Sirey et Denevers, t. 7, supplément, p. 47, et *J. Av.*, t. 13, p. 83, mais sans énonciation des raisons de décider; omission à laquelle M. DEMIAU CROUZILHAC, p. 63, a suppléé en ces termes : « On regarde le domestique du « voisin comme absolument étranger à l'assigné, parce que son maître étant « étranger à la chose, et n'ayant lui-même aucun rapport d'intérêt ou d'af- « fection avec la partie, il n'y a aucun motif qui puisse le porter à remettre « cette copie à sa destination (1). »

[[La Cour de Bruxelles a de nouveau sanctionné cette doctrine le 4 mai 1811 (*J. Av.*, t. 13, p 83), en l'appliquant même aux parents du voisin. C'est aussi l'avis de MM. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 193, et BONCENNE, t. 2, p. 214.

Pourquoi, répondrons-nous, ne veut-on donner le titre de voisins qu'aux chefs de maisons? C'est à cause des rapports et de l'échange habituel de services que l'on présume exister entre eux. Mais pour raisonner ainsi, il faudrait supposer d'abord que l'exploit ne peut être adressé qu'à un chef de

---

(1) Nous disons plus : on regarde le domestique du voisin comme n'étant pas voisin de l'assigné, attendu qu'il n'a pas d'établissement propre et fixe dans le voisinage; qu'il n'y habite qu'accidentellement et aussi longtemps que ses services conviennent au maître; qu'il n'a point d'ailleurs avec lui ces relations de bienveillance et d'honnêteté qui lient ordinairement entre eux des chefs de maison, et qui font présumer généralement qu'ils cherchent à s'obliger.

Mais si le domestique n'est point considéré comme voisin, parce qu'il n'est pas chef de maison, on pourra demander, comme MM. Sirey et Denevers, ce qu'il faudra dire du commis, du fils, de la femme du voisin? Nous répondrons, à l'égard du commis, comme nous l'avons fait au sujet du domestique; mais, à l'égard du fils et de la femme, la difficulté est moins facile à résoudre, parce que tous les deux ont une habitation fixe, et pour ainsi dire propre dans le voisinage, et peuvent avoir avec l'assigné les mêmes rapports que le chef de leur famille. Cependant il semble que la loi n'a voulu parler que d'un maître de maison, d'un chef de famille, et que, toutes les fois que l'huissier ne trouve pas dans le voisinage un individu qu'il puisse ainsi qualifier, il est du moins prudent qu'il s'adresse à un autre voisin, ou, s'il n'en trouve pas, qu'il constate ce fait, et remette la copie au maire ou à l'adjoint.

maison. Énoncer cette proposition, c'est l'avoir réfutée. Sans contredit, tous les habitants d'une maison, quelle que soit leur position dans la famille, mari, femme, fils, domestique, peuvent recevoir des significations pour leur propre compte. Alors il suffirait de retourner l'argument que nous combattons pour décider que le voisin, chef de famille, n'aurait pas capacité pour le prendre de la main de l'huissier et le remettre au fils, à la servante qu'il concerne. Ce ne serait donc plus la proximité des habitations toute seule qui constituerait le voisinage. Il faudrait encore, pour regarder deux personnes comme voisines, qu'elles fussent de semblable condition, ou du moins placées l'une et l'autre dans des positions analogues. C'est ce que nous ne pouvons admettre : notre voisin est celui qui habite non loin de notre domicile, et qui, pour cela, trouvera et saisira l'occasion de nous transmettre ce qu'il a reçu pour nous. Peu importe qu'il soit un fils de famille, un serviteur, une femme mariée, l'exploit lui sera valablement remis, à défaut de parents ou domestiques de l'assigné, non pas sans doute en leur qualité de parents ou serviteurs du voisin, comme le supposerait la question posée en tête de ce numéro, mais parce qu'eux-mêmes ils sont personnellement des voisins, compris à ce titre sous l'expression générique que le législateur emploie dans l'art. 68.

Il suit de là qu'à la différence des personnes attachées à la maison de l'assigné, lesquelles ne sont point obligées de signer l'original de l'exploit, et ne peuvent refuser de le recevoir, les autres sont parfaitement libres, mais doivent, si elles consentent à le prendre, apposer leur signature, comme un gage du zèle qu'elles mettront à le faire tenir, et une garantie de l'engagement qu'elles en contractent sous leur propre responsabilité. Si l'huissier en effet ne trouve aucun voisin qui sache ou veuille signer, il doit s'adresser au maire. L'exploit serait nul, s'il était laissé à un voisin qui ne le signerait pas ; Rennes, 15 juillet 1818 (*J. Av.*, t. 13, p. 260).

M. Dalloz, t. 7, p. 793, nos 3 et 4, admet la validité de l'exploit remis au fils ou à la femme du voisin ; mais il déclare nul celui qui serait reçu par son domestique.

Nous ne saisissons pas la raison légale de différence.

Toutefois nous conseillons à MM. les huissiers de préférer remettre au maire un exploit qu'ils auraient vainement présenté aux chefs de famille les plus voisins : leur responsabilité sera à couvert.

Qu'on ne s'y méprenne pas; il n'y a point contradiction dans ce qu'on vient de lire. Entre une nullité et un conseil de prudence, il y a une énorme différence. Les remises aux voisins ne nous ont jamais paru présenter assez de garantie. Voila pourquoi nous conseillons de restreindre plutôt que d'étendre l'application de la loi à ce sujet.]] **Supp. alph.**, v° *Expl.*, n. 146 et suiv.

368. *A quelle distance faut-il que deux individus habitent pour qu'ils puissent être considérés comme voisins, de telle sorte que l'on ne puisse contester cette qualité à celui auquel l'huissier aurait remis la copie de l'exploit?* [[*Faut-il s'adresser à plusieurs voisins?*]]

L'art. 4 du tit. 11 de l'ordonnance de 1667 voulait que la copie fût remise au plus proche voisin; en sorte qu'il ne pouvait s'élever aucune difficulté sur la question de savoir si, à raison du plus ou moins d'éloignement de la demeure de celui auquel cette remise était faite, il pouvait ou non être considéré comme voisin. Le Code, en ne faisant aucune distinction, peut fournir matière à contestation.

Réputera-t-on voisin la personne qui habite en face de l'assigné; celle qui demeure dans une maison voisine; celle qui a son domicile dans la même rue, à quelque distance que ce soit, ou qui l'a dans une rue contiguë? Si l'assigné occupe une maison isolée dans la campagne, considérera-t-on comme tel l'in-

dividu qui demeure à une longue distance, qui cependant serait la plus rapprochée?

Toutes ces questions peuvent se présenter et seraient difficiles à résoudre; car ni la loi, ni les auteurs, ni la jurisprudence, n'établissent de règles générales et applicables à tous les cas, pour fixer la distance à laquelle deux personnes peuvent être considérées en état de voisinage (1).

Nous croyons que l'huissier. pour prévenir toute difficulté, doit remettre la copie au plus proche voisin; s'il ne le rencontre pas, il doit se présenter successivement de proche en proche, jusqu'à ce qu'il ait trouvé quelqu'un à une certaine distance: cette obligation est fondée sur ce que l'art. 68 ne l'autorise à remettre la copie de son exploit au maire qu'autant *qu'un voisin lui a déclaré ne pouvoir ou ne vouloir signer.*

Ce n'est que dans le cas où il aurait, dans la campagne, à parcourir une longue distance pour trouver un voisin, qu'il serait autorisé, en constatant cette distance, à remettre la copie au maire.

Au surplus, toutes les contestations qui s'élèveraient sur la qualité de voisin nous paraissent, par le silence de la loi, abandonnées à la prudence du juge, qui, suivant les circonstances, pourrait annuler l'exploit ou le déclarer valable.

Mais nous rappelons que, toutes les fois que l'huissier n'a pas trouvé de voisin, il doit en faire mention dans son exploit, ainsi qu'il a été décidé par l'arrêt de la Cour de Liége, cité sur la 365e *Quest.*

Cet arrêt, que nous considérons comme étant rigoureusement conforme au texte de la loi, fournit un fort argument en faveur de notre opinion, relativement à l'obligation où nous venons de dire qu'était l'huissier de ne remettre la copie au maire qu'après avoir cherché un voisin jusqu'à une certaine distance, et constaté cette recherche.

Du moins agira-t-il prudemment en constatant ce fait.

[[Sans doute il est abandonné à la prudence du juge de décider qui peut ou non, dans telle ou telle espèce, être considéré comme voisin de l'assigné; mais il nous semble difficile que des contestations s'élèvent sur ce point. Il nous paraît, au reste, résulter de l'esprit de la loi, qu'elle a entendu parler de personnes dont les habitations soient assez rapprochées pour qu'elles puissent aisément se voir chaque jour. C'est aussi ce que pense M. FAVARD DE LANGLADE, t. 1, p. 143, n° 5.

A quel voisin l'huissier doit-il s'adresser? Sans contredit, c'est au voisin le plus proche, comme l'enseignent MM. PIGEAU, *Comm.*, t 1, p 193; FAVARD DE LANGLADE, *ubi suprà;* et BONCENNE, t. 2, p 213 Mais si ce voisin refuse de recevoir la copie, faut-il s'adresser à d'autres, ou peut-on la porter directement au maire? L'arrêt de la Cour de Bruxelles du 12 juillet 1819, cité sous la *Quest.* 364, et dont M. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 193, approuve la doctrine, décide avec raison, selon nous, que le vœu de la loi est suffisamment rempli, lorsqu'on s'est adressé au premier voisin. Néanmoins, cet auteur conseille, avec MM. FAVARD DE LANGLADE, THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 171, et BONCENNE, de ne pas se contenter de la première démarche, de faire plus d'un essai avant d'aller au maire, et de constater toutes ces recherches, afin d'ôter par là le moindre prétexte à la chicane.]] **Supp. alph.**, v° *Expl.*, n. 143 et suiv.

---

(1) On peut voir, sur les diverses questions de nature à se présenter en plusieurs circonstances, relativement à la distance à laquelle commence le voisinage, le *Traité du Voisinage* de M. Fournel, p. 6 et suiv.

[[**368** bis. *En cas d'absence ou de refus de* visa *du maire ou de l'adjoint, que doit faire l'huissier ?*

Aux termes de la loi du 21 mars 1831, sur l'organisation municipale, les conseillers municipaux sont appelés, dans l'ordre du tableau, à remplir les fonctions des maires et adjoints, en cas d'absence ou d'empêchement de ceux-ci. C'est donc au conseiller municipal que son rang sur le tableau désignera, que l'huissier devra s'adresser, et, en cas de refus de sa part, successivement à tous ceux qui sont inscrits après lui. *V.* la *Quest.* 370 *oct.* Ainsi l'a décidé la Cour de cassation, le 28 juin 1834 (*J. Av.*, t. 52, p. 170). Si toutes ces ressources viennent à manquer, l'art. 1039 C. p. c. charge le procureur du roi de recevoir l'exploit et d'apposer le *visa*.

Après avoir fait viser l'original par le maire, l'huissier a la faculté, selon la Cour d'Orléans, 23 juin 1814 (*J. Av.*, t. 13, p. 225), de remettre la copie à un employé de la mairie. Cette décision n'est pas admissible : il peut bien se faire que, par un règlement intérieur de la mairie, un employé soit particulièrement chargé de ce qui concerne les copies d'exploits remises par les huissiers; mais cet employé, qui est le delégué du maire, n'est point responsable vis-à-vis de l'assigné; son nom ni sa qualité ne doivent point figurer dans l'acte; le fonctionnaire public seul a qualité pour recevoir.]]

Supp. alph., v° *Exploit*, n. 164 et suiv.

[[**368** ter. *Serait-il nul l'exploit dont la copie ne mentionnerait pas le* visa *apposé par le maire sur l'original ?*

Quoique cette question ait été résolue deux fois pour la négative, par les Cours de Rennes, 21 décembre 1820 (*J. Av.*, t. 13, p. 280), et de Paris, 29 novembre 1836 (*J. P.*, t. 1 de 1837, p. 463), il nous semble difficile, en présence de ces expressions de l'art. 68, *l'huissier fera mention du tout* TANT SUR L'ORIGINAL QUE SUR LA COPIE, et de la nullité prononcée par l'art. 70, de ne pas embrasser l'opinion contraire, rigoureuse, si l'on veut, mais exacte, et qui a été consacrée par les arrêts des Cours de Rennes, 25 juin 1818 (*J. Av.*, t. 3, p. 448); de Lyon, 16 janvier 1811 (*J. Av.*, t. 13, p. 159); de Bourges, 16 décembre 1828 (*J. Av.*, t. 36, p. 86); d'Aix, 7 mars 1836 (*J. Av.*, t. 50, p. 291); et de la Cour de cassation, 19 mai 1830 (*J. Av.*, t. 39, p. 331.)]] **Supp. alph.**, v° *Exploit*, n. 159 et 160.

[[**368** quater. *La notification des actes respectueux est-elle, comme celle de tout exploit, réglée par les dispositions de l'art.* 68?

L'art. 154 du Code civil exige que le procès-verbal dressé par les notaires qui notifient des actes respectueux fasse mention de la réponse fournie par les personnes à qui ces actes sont adressés.

Cette disposition indique qu'il est dans l'esprit de la loi que la notification soit faite à la personne, et non pas seulement à son domicile. Aussi il est du devoir des notaires, lorsqu'ils se présentent pour remplir leur ministère, de ne pas se borner à remettre, comme ferait un huissier, à une personne quelconque de la famille, copie de l'acte qu'ils ont à notifier; ils doivent, autant que possible, rechercher la personne même de l'ascendant, et éviter tout intermédiaire entre eux et lui. Le respect pour ce principe a été poussé, par quelques Cours, jusqu'à déclarer que l'acte respectueux, non signifié à la personne, serait nul, s'il n'était point constaté que les notaires ont fait inutilement tous les efforts convenables pour parler au père lui-même.

Les arrêts qui l'ont ainsi jugé sont ceux des Cours de Caen, 12 décembre 1812 (*J. Av.* t. 1, p. 270); Montpellier, 1er juillet 1817 (*J. Av.*, t. 1, p. 284), Bruxelles, 3 avril 1823 (*J. Av.*, t. 34, p. 355); et 26 mai 1829 (*Journ.* de cette Cour t. 1 de 1829, p. 397); et Nîmes, 8 juillet 1830 (TAJAN, t. 21, p. 342).

Mais une jurisprudence plus indulgente a prévalu de laquelle il résulte qu'il suffit, pour que l'on soit dispensé de faire la notification à personne, qu'elle se trouve absente de son domicile au moment où les notaires s'y présentent, ou qu'elle refuse de les recevoir. On peut voir, dans ce sens, les arrêts des Cours de Bruxelles, 18 juillet 1808 (*J. Av.*, t. 1, p. 266); Grenoble, 1er décembre 1818 (t. 13, p. 260); Douai, 22 avril 1819 (*J. Av.*, t. 1, p. 288); Amiens, 10 mai 1821 (t. 23, p. 177); 8 avril 1825 (t. 34, p. 359), Toulouse, 27 juin et 12 juillet 1821 (t. 23, p. 239); Limoges, 15 janvier 1823 (t. 25, p. 19), Rennes, 2 mars 1825 (t. 28, p. 135); Lyon, 28 octobre 1827 (t. 34, p. 62); et Cass., 11 juillet 1827 (t. 33, p. 336).

La loi n'a pas voulu que, par le caprice de l'ascendant, qui se déroberait aux recherches, la notification devînt impossible, ou même qu'il pût la rendre difficile et l'entraver à son gré.

Mais faudra-t-il décider, avec le tribunal de Draguignan (*Gazette des Tribunaux* des 12 et 13 octobre 1829), que, lorsque l'ascendant est absent ou refuse de se montrer, les notaires peuvent, sans remplir aucune des formalités indiquées par l'art. 68, pour lui faire tenir copie de l'acte respectueux, se contenter de dresser procès-verbal des difficultés et résistances qu'on leur a opposées dans l'exercice de leur ministère?

Non, sans doute: ce qu'il y a d'important, c'est que l'acte parvienne à celui qu'il intéresse: du moment qu'on ne peut le remettre à lui-même, rien de plus naturel que de le lui faire parvenir par les voies tracées par la loi pour toute autre signification.

On dira vainement qu'une grande différence existe entre un exploit d'huissier et le procès-verbal dressé par deux notaires, ou un notaire et deux témoins, d'où il suivrait que les mêmes formes ne sont pas nécessaires à la validité de ce dernier.

Différence dans la qualité de l'officier instrumentaire, sans doute; mais différence dans le but que se propose la loi, nous n'en voyons aucune. N'est-il pas toujours essentiel, pour que l'acte produise son effet, qu'il parvienne aux personnes à qui il est adressé? dès lors, toutes les formalités indiquées pour assurer la remise d'un exploit ne conviennent-elles pas à celui-ci? Et peut-on dire que le vœu de la loi sera rempli lorsque le notaire, ne trouvant personne au domicile de la partie, se retire sans prendre aucune précaution pour lui faire parvenir l'acte qui l'intéresse? Une telle décision nous paraîtrait contraire à tous les principes: la démarche qu'elle sanctionnerait ne peut pas, à notre avis, remplacer le consentement des père, mère, ou autres ascendants au mariage qu'il s'agit de contracter.

On a bien pu douter si, en l'absence des parents ou serviteurs, il ne convenait pas de s'adresser directement au maire, sans parler d'abord au voisin; questions que les Cours de Caen, 12 décembre 1812 (*J. Av.*, t. 1, p. 270), et d'Agen, 1er février 1817 (*ibid.*, p. 270), ont résolu pour l'affirmative; et celle de Montpellier, 1er juillet 1817 (*J. Av.*, t. 1, p. 284), pour la négative.

Mais que tout mode de remise soit supprimé, c'est ce qu'il est impossible de concevoir: et, du moment qu'il en faut un, celui de l'art. 68 doit être regardé comme le seul légal. Aussi, dans toutes les espèces citées plus haut, la copie avait-elle été remise à un parent ou serviteur. Nul motif, d'ailleurs, pour intervertir l'ordre tracé dans ce même article; nous pensons donc qu'il faudrait tenter la remise à un voisin avant de parvenir au maire. V. *Q.* 348 *bis*.]] **Supp. alph.** n. 204.

369. *Quelle peine encourt l'huissier qui ne remet pas lui-même à personne ou à domicile la copie des pièces qu'il aurait été chargé de signifier?*

Il encourt la suspension et l'amende portées dans l'art. 45 du décret du 14

juin 1813, sans préjudice des peines prononcées par l'art. 146 du Code pénal, s'il résulte de l'instruction qu'il a agi frauduleusement.

[[Quant aux peines portées par le décret de 1813, elles sont encourues indépendamment de toute intention frauduleuse, alors même que l'huissier prouverait qu'une force majeure l'a empêché de remettre l'exploit en personne. Il doit alors résigner sa commission, et se faire remplacer par un autre huissier; c'est ce qu'a jugé la Cour de cassation, les 25 mars et 30 juillet 1836 (*J. Av.*, t. 51, p. 434, et p. 602). *Voyez* au surplus, la *Question* 375, *infrà* (1).]] **Supp. alph.**, v° *Exploit*, n. 101 et 102.

[[**369** bis. *L'huissier a-t-il le droit d'instrumenter au domicile même de la partie à laquelle il a une signification à faire, lorsque l'entrée ne lui en a pas été refusée?*

Le tribunal de police correctionnelle de la Seine avait rejeté la plainte formée par un huissier, pour injures et mauvais traitements de la part d'une partie assignée, sous prétexte que cette partie pouvait l'empêcher de violer son domicile en y rédigeant son exploit ou procès-verbal.

Cet étrange jugement fut réformé par la Cour royale de Paris, le 2 août 1833 (*J. Huiss.*, t. 14, p. 283).

Le tribunal de police correctionnelle, partant de ce principe que le domicile est inviolable, en a conclu qu'un huissier n'avait pas le droit, pour instrumenter, de *s'introduire* et de *s'installer* dans le domicile de la personne à laquelle il est chargé de faire une signification. Cette conséquence n'est assurément pas exacte.

En effet, quelque absolu que soit le principe, la loi y apporte cependant quelques exceptions, et, par exemple, nous voyons, dans l'art. 184 Code pénal, qu'il n'y a violation du domicile de la part d'un officier ministériel que lorsqu'il s'y est introduit *hors les cas prévus par la loi*, et contre le gré de la partie, bien entendu.

Or, peut-on raisonnablement soutenir qu'un huissier ne soit pas dans un des *cas prévus par la loi*, lorsqu'il se présente pour faire une signification, qui, aux termes de la loi (art. 68 Cod. proc. civ.), doit être faite à personne ou DOMICILE. Il y aurait plus que de l'inconséquence, il y aurait de l'absurdité à imposer à cet officier, dont le ministère est forcé, une obligation qu'il ne pourrait remplir sans s'exposer à l'application d'une disposition du Code pénal.

Ce résultat si monstrueux n'a point échappé au tribunal de police correctionnelle; mais l'organe du ministère public a cru éluder l'objection en faisant une distinction qui, selon nous, est tout-à-fait arbitraire: il a prétendu qu'il fallait distinguer le cas où il ne s'agit que de simples actes *extrajudiciaires*, du cas où l'huissier obéissait à *un mandement de justice*.

Cette doctrine est inadmissible. D'abord, la distinction n'est pas dans la loi; mais d'ailleurs sur quoi repose-t-elle? N'aurait-elle pas été imaginée pour les besoins de la cause, et accueillie un peu légèrement par le tribunal? Nous sommes disposé à le croire. Evidemment, la distinction n'a été faite que pour prévenir l'objection tirée de quelques articles du Code de procédure (et notamment de l'art. 587), qui autorisent l'huissier à pénétrer dans le domicile de

---

(1) [M. Hélie et moi nous avons pensé que, poursuivre l'huissier comme faussaire dans tous les cas, que la fraude soit ou non alléguée, c'est méconnaître tous les principes qui forment la théorie du droit pénal. Nous avons combattu l'ancienne jurisprudence de la Cour de cassation, et nous avons indiqué ses derniers arrêts, tous favorables à notre système; *Théorie du Code pénal*, t. 3, p. 305.]

la partie, même contre le gré de celle-ci, et lorsque la porte est *fermée* ou *refusée*, et à y laisser des gardiens. Le moyen, en présence de pareilles dispositions, d'arguer de l'inviolabilité du domicile, et de prétendre qu'un officier ministériel n'a pas le droit d'y pénétrer! Nous convenons que son droit ne va pas toujours aussi loin; mais c'est la seule concession que nous puissions faire. D'ailleurs, avec la doctrine du tribunal, que faire de l'art. 68 du Code du procédure civile, qui veut que TOUS EXPLOITS soient faits à personne OU DOMICILE? Certes, cette disposition est précise; voici comment on l'élude:

Suivant l'organe du ministère public, l'huissier doit rester *à la porte du domicile, sur le seuil;* et c'est là, dans son opinion, qu'il doit instrumenter. A quelles assertions étranges peut conduire une première erreur! Eh quoi! c'est *à la porte* que l'huissier se trouve consigné! le *seuil* est la frontière qu'il ne doit pas franchir, sous peine de violation du domicile! mais comment veut-on alors qu'il instrumente? Le moyen de rédiger un exploit, un procès-verbal, une saisie? dans la rue et sur la borne apparemment! Qui ne sent que cette théorie, improvisée à l'audience, est contraire à toutes les traditions, et d'une application impossible. Aussi le magistrat qui présidait l'audience n'a-t-il pas adopté le système du ministère public; il a prétendu que l'huissier, sur la réponse qui lui était faite et sur le refus de le laisser rédiger, devait se retirer dans son étude, et y rédiger son procès-verbal, dont il remettrait ensuite la copie à qui de droit.

Nous ne craignons pas d'avancer que cette opinion est encore plus impraticable que celle du ministère public. Pour en faire sentir le vice, il suffit de demander si l'on accordera une double indemnité de voyage à l'officier ministériel qu'on aura ainsi forcé de faire deux fois le trajet? évidemment non, car cette taxe serait frustratoire; il faudra donc que l'huissier se transporte sans indemnité à cinq ou six lieues, et plus peut-être de son domicile; quelle injustice!—Ce n'est pas tout, supposons que ce soit à près de neuf heures du soir que l'huissier se présente au domicile de celui à qui il va faire des offres, ou toute autre signification; exigera-t-on, dans ce cas, qu'il se retire dans son étude pour rédiger son exploit et qu'il revienne apporter sa copie? Mais ne voit-on pas que, même sans supposer un grand éloignement, l'huissier ne pourra plus agir, l'heure fatale sera expirée; il faudra donc remettre au lendemain la signification ou souffler la copie. Est-ce là ce que la loi a voulu? Dira-t-on enfin que l'huissier peut se présenter avec son acte tout préparé? Sans doute cela se fait tous les jours sans beaucoup d'inconvénients; cependant il faut convenir qu'un acte rédigé en présence même de la partie a qui la signification est faite, offre plus de garanties qu'un exploit préparé à l'avance et laissé à un portier par un clerc ou un commissionnaire; d'ailleurs lorsqu'il s'agit d'un procès-verbal de perquisition, etc., etc., il faut bien constater sur l'exploit des réponses qu'évidemment on n'a pu deviner; la rédaction instantanée est donc, dans ces différents cas, une nécessité.

Mais, sans insister davantage sur ces objections, prouvons par des textes que, loin de faire un crime à l'huissier de s'être introduit pour instrumenter dans le domicile de celui à qui il a une signification à faire, la loi lui suppose et lui reconnaît ce droit. Nous avons cité déjà l'art. 68 du Code de procédure civile, dont la disposition est si formelle qu'elle semble trancher toute difficulté; d'autres dispositions ne sont pas moins précises.

Un avis du conseil d'Etat du 5 ventôse an 13 (24 fév. 1805), relatif à la nature des fonctions des huissiers et statuant sur les cas où ils doivent être exempts du droit de péage, s'exprime ainsi:

« Considérant que *l'exercice des fonctions d'huissier ne commence qu'aux domiciles des particuliers auxquels ils ont à notifier quelque acte de leur ministère,*

« et non au moment où ils sortent de leurs maisons pour s'y rendre, etc. (1) »

On voit que le conseil d'Etat n'arrête pas les huissiers *au seuil* du domicile des parties, puisqu'au contraire, il ne fait commencer l'exercice de leurs fonctions *qu'aux domiciles mêmes.*

Une induction plus forte encore se tire d'une ordonnance du 20-24 août 1817 (2) relative au mode d'exécution des actes et fonctions judiciaires dans les palais, châteaux, maisons royales et leurs dépendances. — Aux termes de cette ordonnance, et afin de concilier avec les fonctions des gouverneurs l'exécution des actes et fonctions judiciaires, il est fait exception aux règles ordinaires en matière de significations, et statué en ces termes :

« Art. 1er. *Les significations* aux personnes qui ont leur résidence habituelle « dans nos palais, châteaux, maisons royales et leurs dépendances *seront « faites en parlant aux suisses ou concierges desdits palais, ils ne pourront re- « fuser d'en recevoir les copies, et il leur est enjoint de les remettre incontinent à « ceux qu'elles concernent.* »

Certes, si, en règle générale, les huissiers n'ont pas le droit de pénétrer dans le domicile des parties, s'il leur est défendu d'en franchir le seuil, on conviendra que l'ordonnance du 20 août 1817 était bien inutile; mais il est évident que c'est précisément parce qu'en principe les huissiers ont le droit que le tribunal de police correctionnelle leur avait mal à propos contesté, qu'on a jugé convenable d'y déroger, dans ce cas particulier, afin de pourvoir à ce qu'exigent la police et la surveillance des châteaux royaux; ainsi l'exception confirme la règle.

Faut-il rappeler encore que, dans une foule de cas, la loi veut que l'huissier *fasse viser sur l'original* les significations faites à certaines personnes (art. 1039, Cod. proc. civ.); et prétendra-t-on que c'est sur le seuil du domicile que le visa sera donné ?—Osera-t-on soutenir également qu'un huissier, porteur d'un effet de commerce échu, devra en attendre le paiement à la porte, tandis que les fonds sont à la caisse? Dans tous ces cas et dans beaucoup d'autres, la doctrine du tribunal de police correctionnelle mènerait à l'absurde. Il n'est pas probable qu'elle trouve beaucoup de partisans.

Ajoutons, en terminant, qu'à toutes les époques et depuis un temps immémorial, la tradition a donné aux huissiers le droit d'instrumenter au domicile même de la partie à qui ils font des significations, et que cet usage, bien qu'il ait été l'occasion de quelques abus, n'a jamais été contesté jusqu'ici.—Et à ce sujet, nous rappellerons qu'anciennement les huissiers se faisaient payer leurs salaires et vacations par ceux-là mêmes contre lesquels ils exploitaient, et qu'ils prenaient chez eux leurs repas. (*Voy.* JOUSSE, *Traité de la justice*, t. 2) p. 642, n° 188; RAVIOT, *Quest.* 266, n° 7, t. 2, p. 860; SERPILLON, Code civil, etc. C'était un abus qui fut réformé par de nombreux édits (3); mais sans que jamais il se soit élevé des doutes sur le droit des huissiers de s'introduire dans le domicile des parties contre lesquelles ils exploitaient : ce droit leur appartient par la force des choses, et résulte d'ailleurs des dispositions précises de la loi; espérons donc qu'on ne le leur contestera plus.]]

370. *L'art.* 68 *déroge-t-il aux lois commerciales sur les formes à observer pour les protêts ?*

Non.—(Avis du conseil d'Etat du 25 janvier 1807, au *J. Av.*, t. 6, p. 659, v° *Code de Procédure*, n° 2.)

---

(1) DUVERGIER, t. 15, p. 182.

(2) *Idem*, t. 21, p. 268.

(3) [Ord. du 29 décembre 1490, art. 86; ord. 1498, art. 155; ord. 1535, art. 20, n° 3; ord. Roussillon, art. 32, arr. réglem., 24 mai 1603; 18 décembre 1693; 17 septembre 1679; 10 juillet 1665, etc., etc.]

Ainsi le Code de commerce exigeant seulement art. 176) que la copie soit *laissée*, ce qui ne suppose autre chose si ce n'est qu'elle sera laissée ou à la partie elle-même ou à son domicile, nous pensons qu'elle y peut être remise à toute personne, et que l'huissier ou le notaire sont dispensés de la remettre au voisin, ou à défaut au maire.

[[Cela résulte clairement de l'avis du conseil d'Etat puisqu'il déclare que les protêts ne sont pas soumis aux formalités prescrites par l'art. 68 pour les exploits d'ajournement.]]

ART. 69. Seront assignés,

1° L'Etat, lorsqu'il s'agit de domaines et droits domaniaux, en la personne ou au domicile du préfet (1) du département où siége le tribunal devant lequel doit être portée la demande en première instance (2);

2° Le trésor public, en la personne ou au bureau de l'agent;

3° Les administrations ou établissements publics, en leurs bureaux, dans le lieu où réside le siége de l'administration; dans les autres lieux, en la personne et au bureau de leur préposé (3);

4° Le Roi, pour ses domaines, en la personne du procureur du roi de l'arrondissement (4);

5° Les communes, en la personne et au domicile du maire, et à Paris, en la personne ou au domicile du préfet (5);

---

(1) [Avant l'institution des préfets, au domicile des magistrats qui exerçaient leur fonctions, savoir le procureur général syndic, et plus tard le président du département, mais non l'agent national du district. Paris, 18 juillet 1835 (*J. Av.*, t. 50, p. 258.)]

(2) *L'État.* Ainsi, pour un domaine qu'un particulier réclame de l'Etat, comme propriété *patrimoniale*, et que l'on soutient être une propriété *domaniale*, l'assignation doit être donnée au préfet du département dans lequel est situé ce domaine, et il en serait de même d'une succession qu'un individu réclamerait contre l'Etat, qui s'en serait emparé par droit de déshérence. La loi entend ici par *domicile du préfet*, non le domicile personnel comme particulier, mais celui qu'il a comme préfet au chef-lieu du département. [*V. Q.* 370 *quinquies.*]

Les significations doivent être faites au préfet et non au procureur impérial. Rennes 20 août 1820 (*J. de cette cour*, t. 5, p. 696).

[Ce n'est que dans les procès relatifs à la propriété que les préfets représentent l'Etat. S'il s'agit des revenus domaniaux, l'action sera soutenue activement et passivement par l'administration de l'enregistrement et des domaines. *V.* M. BOITARD, t. 1, p. 280.]

(3) *De leur préposé.* Par exemple, s'il s'agit de la régie de l'enregistrement, des eaux et forêts, de la régie des domaines, de l'administration des contributions indirectes, etc., on les assignera à Paris, dans les bureaux de leur administration, et en la personne et au bureau de leurs préposés, qui, en cette circonstance, est réputé *le domicile* de ces administrations.

(4) *Le Roi*, suivant l'ancienne maxime expliquée n° 290, étant le seul en France qui soit formellement admis à plaider *par procureur*, il est à remarquer que l'assignation qui le concerne doit être donnée *en parlant* au procureur du Roi : on ne pourrait valablement la laisser au domicile. Il en est de même des assignations concernant le trésor public, et de celles qui seraient notifiées à des préposés d'administration ou établissements publics.

D'après une loi du 8 novembre 1814, les actions judiciaires du Roi sont exercées par ou contre un intendant que commet le ministre de sa maison, et à qui les assignations sont données en la personne du procureur du Roi. [*V.* la *Quest.* 370 *septies.*]

(5) *Le Préfet*, parce que la ville de Paris étant divisée en plusieurs mairies, il a fallu réunir les intérêts de chacune d'elles en la personne du chef de l'administration.

[Même en 1791, c'était chez le maire, et non chez le procureur de la commune, que celle-ci devait être assignée; Colmar, 6 floréal an XI (*J. Av.*, t. 4, p. 725).]

Dans les cas ci-dessus, l'original sera visé de celui à qui copie de l'exploit sera laissée; en cas d'absence ou de refus, le visa sera donné, soit par le juge de paix, soit par le procureur du roi près le tribunal de première instance, auquel, en ce cas, la copie sera laissée;

6° Les sociétés de commerce, tant qu'elles existent, en leur maison sociale; et, s'il n'y en a pas, en la personne ou *au domicile de l'un des associés;*

7° Les unions et directions de créanciers, en la personne ou au domicile de l'un des syndics ou directeurs;

8° Ceux qui n'ont aucun domicile *connu* en France (1), au lieu de leur résidence actuelle : si le lieu n'est pas connu, l'exploit sera affiché à la principale porte de l'auditoire du tribunal où la demande est portée. Une seconde copie sera donnée au procureur du roi, lequel visera l'original (2);

9° Ceux qui habitent le territoire français hors du continent, et ceux qui sont établis chez l'étranger, au domicile du procureur du roi près le tribunal où sera portée la demande, lequel visera l'original, et enverra la copie, pour les premiers, au ministre de la marine, et pour les seconds, à celui des relations extérieures.

Tarif, 27.—[Notre Commentaire du Tarif, t. 1, p. 118, nos 49 à 52.] — Ordonn. de 1667, tit. 2, art. 7, 8, 9.—Code de proc., art. 60, 1039.—Code de Commerce, art. 201.—*Suprà*, art. 59.—[Loi du 2 mars 1832, art. 22 et 27. — Notre Dict. gén. de Proc., vis *Appel*, nos 438, 439, 441, 442, 502, 528 à 550, *Exploit*, nos 133 à 137, 165, 197 à 198 *bis*, 206, 207, 215, 216, 250, 293, 387 à 392; *Saisie-Arrêt*, n° 133, *Saisie-immobilière*, nos 167 et 407; *Signification*, nos 7, 11, 12, 30 *bis*, 39 *bis*, 55 à 59; *Surenchère*, n° 100.—Devilleneuve, vis *Exploit*, nos 95 à 107; *Etranger*, § 4. — Armand Dalloz, v° *Exploit*, nos 77, 95, 107, 108, 199, 239, 270, 276, 279, 283, 296, 302, 315, 337, 502, 504, 557. — Carré, *Compétence*, 2e part., liv. 1er, tit. 2, art. 89, *Q.* 113, éd. in-8°, t. 2, p. 203; liv. III, tit. 2, ch. 2, art. 317, *Q.* 436, t. 6, p. 225, et tit. 3, chap. 2, art. 360, *Q.* 465, t. 6, p. 434. — Locré, t. 21, p. 351, n° 11, p. 404, n° 45, et p. 12, n° 29. — QUESTIONS TRAITÉES: L'assignation au préfet, en ce qui concerne le domaine de l'état, ne doit-elle pas être précédée d'une autre formalité? *Q.* 370 *bis*. — L'exploit d'appel peut-il être reçu au nom du préfet par un conseiller de préfecture? *Q.* 370 *ter*.—La partie qui, dans une affaire concernant le domaine de l'Etat, a été condamnée sur la poursuite de l'administration de l'enregistrement, doit-elle néanmoins diriger son exploit d'appel contre le préfet? *Q.* 370 *quater*.— Que faut-il entendre par le domicile du préfet, dans le sens de l'art. 69, § 1er? *Q.* 370 *quinq.* — Les hospices et les fabriques doivent-ils être considérés comme établissements publics dans le sens de l'art. 69, § 1? *Q.* 370 *sexies*. — Le § 4 de l'art. 69 n'a-t-il pas été abrogé par une loi postérieure? *Q.* 370 *septies*. — L'assignation donnée à une commune peut-elle être remise, en l'absence du maire, à un adjoint ou à un conseiller municipal?—Faut-il que l'huissier s'adresse successivement au maire, aux adjoints et aux conseillers municipaux, avant de remettre la copie au juge de paix ou au procureur du roi? *Quid* en cas de contestation entre deux sections de communes? *Q.* 370 *octies*. — Les exploits qui, aux termes des cinq premiers paragraphes de l'art. 69, doivent être adressés au fonctionnaire public représentant l'assigné, peuvent-ils être laissés à leur domicile entre les mains de leurs parents, serviteurs ou employés? *Q.* 370 *nonies*. — La formalité du *visa* est-elle prescrite à peine de nullité? faut-il en faire mention sur la copie? 370 *decies*. — Le *visa* est-il également requis sur l'original d'une signification faite à la partie au domicile par elle élu chez un fonctionnaire public, par exemple, en vertu de l'art. 584 du Code de proc. civ.? *Q.* 370 *undecies*. — Les assignations

(1) En général, on répute n'avoir pas de domicile connu, les vagabonds, en certains cas, les colporteurs, bateleurs, comédiens ambulants, etc. Nous ajouterons à l'autorité de Rodier, citée sur cette proposition, un arrêt de Nîmes, qui déclare que les comédiens ambulants n'ont pas de domicile fixe, et qu'en conséquence ils peuvent être traités, en matière personnelle, par-devant le juge du lieu où ils ont contracté (4 pluv. an 9, *S.*, t. 4, 2e part., p. 528, et *J. Av.*, t. 22, p. 10.)

(2) [Cette disposition est applicable à la femme non séparée de corps, dont le mari n'a pas de domicile connu; car relativement au domicile, la position de la femme ne peut être différente de celle de son mari; Bordeaux, 11 janvier 1834 (*J. Av.*, t. 48, p. 312).]

données en la maison sociale ou au domicile de l'un des associés doivent-elles contenir les noms de chaque associé, et être remises, pour chacun d'eux, en une copie séparée? *Q.* 370 *duodecies.* — Les significations faites à une faillite, doivent-elles être faites à un seul syndic pour tous les autres, ou à tous les syndics individuellement? *Q.* 370 *tredecies.* — Si un huissier ne trouve pas la demeure d'une personne au lieu où elle s'est donné domicile, doit-il, à peine de nullité, afficher une copie de l'exploit à la principale porte de l'auditoire du tribunal où la demande est portée, et en donner une seconde au procureur du roi? *Q.* 371. — Lorsque le défendeur n'a ni domicile, ni résidence connus en France, devant quel tribunal doit-on l'assigner en matière personnelle? *Q.* 371 *bis.* — Lorsqu'un étranger a en France une résidence de fait, peut-on l'y assigner, comme si c'était son domicile, sans parler à sa personne? *Q.* 371 *ter.* — En est-il relativement aux étrangers qui sont hors de France, des significations de jugements et autres actes judiciaires comme des exploits d'ajournement? doit-on les notifier au parquet du procureur du roi? *Q.* 372. — Mais cette décision serait-elle applicable au Français habitant hors du continent, ou établi chez l'étranger? *Q.* 373. — Celui qui habite le territoire français hors du continent est-il valablement assigné en sa personne et domicile? *Quid* de celui qui est domicilié à l'étranger? *Q.* 373 *bis.*—Doit-on appliquer les dispositions des § 8 et 9 de l'art. 69, en ce qui concerne la remise au procureur du roi, lorsque l'affaire est portée devant un juge de paix ou un tribunal de commerce? *Q.* 374. — Si l'assignation à donner dans le cas du § 9 de l'art. 69, est faite à la requête du procureur du roi, devra-t-elle néanmoins être remise à son parquet? 374 *bis* et *ter.*

V. p. 441, *Q.* 370 *bis** et p. 447, *Q.* 370 *duodecies**.

LVIII. En indiquant, par cet article, les personnes auxquelles l'exploit doit être remis, lorsqu'il s'agit d'assigner les personnes publiques et collectives qu'il désigne, le Roi, et ceux qui n'ont pas de domicile connu en France, ou qui sont établis hors le territoire du royaume, l'art. 69 a fait, à l'égard de ces derniers, une sage innovation aux anciennes dispositions de l'ordonnance, qui n'assujettissait point les procureurs du Roi à envoyer au ministère les copies d'exploits qu'ils avaient reçues, ce qui rendait à peu près inutile la remise qui leur en était faite. [[Voy. mon *Code d'instruct. administrative.*]]

[[**370** bis.—*L'assignation au préfet, en ce qui concerne le domaine de l'Etat, ne doit-elle pas être précédée d'une autre formalité?*

Aux termes de l'art. 15, tit. 3, de la loi du 5 novembre 1790, aucune action contre l'Etat ne peut être intentée, qu'au préalable le demandeur ne se soit pourvu, par simple mémoire, auprès du directoire du département, à peine de nullité. Ce n'est qu'un mois après le dépôt du mémoire que la demande peut être introduite. Les tribunaux jugent unanimement que ces dispositions n'ont été abrogées, ni implicitement, ni explicitement, par la loi du 28 pluviôse an VIII; c'est ce qui a été reconnu également par un avis du conseil d'Etat, du 28 août 1823, qui décide en même temps que c'est au préfet en personne, comme seul représentant de l'Etat. et non au conseil de préfecture que ce mémoire doit être adressé.]] **Supp. alph.**, v° *Ajournem.*, n. 348.

Supp. alph., v° *Ajournem.*, n. 349. *Action en dommages imputables sur le prix d'animaux mis en fourrière et vendus par le Domaine?*

[[**370** ter. — *L'exploit d'oppel peut-il être reçu, au nom du préfet, par un conseiller de préfecture?*

Oui, lorsque celui-ci remplit, par délégation expresse ou forcée, les fonctions du préfet absent ou empêché. C'est ce que la Cour de Toulouse a décidé le 29 juin 1831 (*J. Av.*, t. 43, p. 522). Il n'est donc pas besoin, lorsque l'huissier ne rencontre pas le préfet lui-même, qu'il se retire directement vers le procureur du roi, pour obtenir le *visa* de ce magistrat. Aux termes de l'art. 1039 du Cod. de Proc. civ., l'huissier peut s'adresser d'abord au remplaçant du préfet. *Voy.*, sous le n° 370, 8°, une question analogue.]] **Supp. alph.**, v° *Expl.*, n. 185.

[[**370** quater. — *La partie qui, dans une affaire concernant le domaine de l'Etat, a été condamnée sur la poursuite de l'administration de l'enregistrement, doit-elle néanmoins diriger son exploit d'appel contre le préfet?*

La Cour de Rennes a jugé l'affirmative le 25 mars 1820 (*Journ.* de cette Cour,

t. 5, p. 496). On peut opposer que la disposition du § 1er de l'art. 69 ne doit pas être obligatoire pour la partie défenderesse ; que celle-ci ne peut connaître d'autre adversaire que celui qui l'a poursuivie; que l'acte d'appel, n'introduisant point une action ne peut être dirigé contre une personne, même une personne morale, jusque-là étrangère au procès : qu'il doit nécessairement s'adresser à celle qui figure dans les qualités du jugement attaqué. Ce dernier système a été consacré, avec raison, par la Cour de Limoges, le 8 juin 1814 (*J. Av.*, t. 13, p. 223).

Néanmoins, il nous semble alors plus prudent d'intimer, sur l'appel, le préfet, après avoir fait signifier son acte d'appel au directeur des domaines.]]

Supp. alph., v° *Appel*, n. 44.

[[**370** quinq.— *Que faut-il entendre par le domicile du préfet, dans le sens de l'art.* 69, § 1er?

L'acceptation de fonctions révocables n'emporte pas translation de domicile. Ainsi, le citoyen qui est revêtu des fonctions de préfet, et qui, pour cette raison, transfère sa résidence au chef-lieu du département qui lui est confié, ne perd pas néanmoins son ancien domicile.

Mais, de ce principe incontestable, personne ne voudra conclure que c'est au domicile originaire de la personne investie des fonctions de préfet que doit être donnée l'assignation introductive d'un procès contre l'Etat. C'est le domicile du fonctionnaire, c'est-à-dire le lieu où siége son administration, où s'exercent ses fonctions et son autorité que la loi a entendu désigner.

C'est ce que font observer MM. BONCENNE, t. 2, p. 223, et BOITARD, t. 1, p. 284.]] **Supp. alph.**, v° *Exploit*, n. 183.

[[**370** sexies. — *Les hospices et les fabriques doivent-ils être considérés comme établissements publics dans le sens de l'art.* 69, § 3?

Oui : et, d'après ce principe, il a été jugé que l'assignation qui leur serait donnée, non pas au bureau de leur administration, mais au domicile du receveur ou du trésorier, serait nulle.

Ainsi jugé pour les fabriques, par arrêts des Cours de Liége, 2 juillet 1810 (*J. Av.*, t. 13, p. 155); 13 juillet 1814 (*J. Av.*, t. 13, p. 225); 12 mars 1829 (*J. Av.*, t. 41, p. 408); Bruxelles, 8 avril 1836 (*Journ.* de cette Cour, t. 2 de 1836, p. 208), et Paris, 8 janvier 1836 (*J. Av.*, t. 50, p. 292).

Et pour les hospices, par les Cours de Liége, le 31 mars 1810 (*J. Av.*, t. 3, p. 276); de Besançon, 29 août 1820 (*J. Av.*, t. 13, p. 278), et de Nîmes, 4 juillet 1838 (*J. P.*, t. 2 de 1838, p. 163).

Néanmoins, si ces administrations n'ont ni bureaux, ni commis en permanence, elles peuvent être assignées en la personne de leur receveur ou de leur président; Colmar, 25 avril 1817 (*J. Av.*, t. 5, p. 52), et Cass., 11 janv. 1830 (*J. Av.*, t. 38, p. 183); il est bien entendu que, si ces administrateurs changent pendant l'instance, ce sera à la personne de leur successeur que devront être faites les significations postérieures, et notamment l'acte d'appel, lorsque surtout l'adversaire n'aura pu ignorer le changement. *V.* la *Quest.* 307 *bis*. C'est ce qu'a textuellement jugé la Cour de Caen, le 13 mai 1825 (*Journ.* de Rouen et Caen, t. 9, p. 144).]] **Supp. alph.**, v° *Exploit* n. 186 et suiv.

[[**370** sept. *Le* § 4 *de l'art.* 69 *n'a-t-il pas été abrogé par une loi postérieure?*

L'art. 22 de la loi du 2 mars 1832 ayant abrogé l'ancien principe, d'après lequel les biens particuliers du prince qui montait sur le trône se trouvaient réunis, par le seul fait de son avénement, au domaine de la Cou-

ronne, le domaine du roi se trouve désormais divisé en deux parties, le domaine privé, et la dotation de la Couronne. Chacune de ces parties est régie par un intendant spécial qui représente le roi dans toutes les instances qui y ont rapport, et l'art. 27 de la même loi dispose que les actions seront dirigées par ou contre l'un de ces intendants. Les unes et les autres, ajoute ce même article, seront d'ailleurs instruites et jugées dans les formes ordinaires, sauf la présente dérogation à l'art. 69 du Code de procédure civile. Il suit évidemment, de la combinaison de ces textes, que ce n'est plus au procureur du roi que doit être remise l'assignation sur une demande intéressant son domaine, mais bien à l'un ou à l'autre des deux intendants chargés d'administrer soit le domaine privé, soit la dotation de la Couronne.

C'est au reste l'avis de M. BOITARD, t. 1, p. 285. Faisons observer, avec M. BONCENNE, t. 2, p. 232, qu'alors même que l'assignation devait être donnée au procureur du roi, le souverain n'en avait pas moins la faculté de se faire défendre par un avocat, et, devant les juridictions où le ministère des avocats n'était pas admis, par un procureur fondé. L'art. 69 n'est relatif qu'à l'ajournement, comme on le fit observer lors de la discussion au conseil d'État. *V.* LOCRÉ, t. 21, p. 351, nº 11.

Sous l'empire de la législation de 1832, les intendants chargés de l'administration soit du domaine privé, soit de la dotation de la Couronne, doivent constituer avoué ; l'instance est suivie contre eux, comme contre de simples particuliers.]] **Supp. alph.**, vº *Exploit*, n. 185 *bis*.

[[**370** oct. *L'assignation donnée à une commune peut-elle être remise, en l'absence du maire, à un adjoint ou à un conseiller municipal? Faut-il que l'huissier s'adresse successivement au maire, aux adjoints et aux conseillers municipaux, avant de remettre la copie au juge de paix ou au procureur du roi?* Quid *au cas de contestation entre deux sections de communes?*

La jurisprudence a été longue à se fixer sur la première partie de cette question. Se fondant sur le texte rigoureux de l'art. 69, § 5, qui ne désigne pas d'autre fonctionnaire que le maire lui-même pour recevoir la copie d'un exploit signifié à la commune, et qui, en son absence, prescrit de s'adresser au juge de paix ou au procureur du roi, et sur la différence que présente ce texte avec celui de l'art. 68, où l'on trouve indiqué le *maire ou l'adjoint*, la Cour suprême a longtemps jugé que l'exploit donné à une commune était nul s'il avait été reçu et visé par l'adjoint. Ces arrêts sont sous les dates des 10 juin 1812, 22 novembre 1813, 10 février 1817 (*J. Av.*, t. 13, p. 191); 17 juillet 1828 (*J. Av.*, t. 35, p. 61), et 12 mai 1830 (*J. Av.*, t. 39, p. 112). Ce système avait été embrassé par les Cours de Lyon, 12 juin 1823 (*J. Av.*, t. 25, p. 212); de Riom, 14 mai 1827 (*J. Av.*, t. 35, p. 358); mais repoussé par les Cours de Lyon, 23 février 1825 (*J. Av.*, t. 28, p. 143), et 25 mars 1830 (*J. Av.*, t. 44, p. 208); de Poitiers, 13 février 1827 (*J. Av.*, t. 33, p. 333); de Besançon, 8 décembre 1827 (*Journ.* de cette Cour, 1827, p. 228); et de Grenoble, 19 août 1830 (*J. A.*, t. 40, p. 207), et par le conseil d'État, 13 juillet 1825 (*J. Av.*, t. 32, p. 47).

Les auteurs adhéraient généralement à celui de la Cour de cassation, comme on peut s'en convaincre en lisant MM. FAVARD DE LANGLADE, t. 1, p. 44, DALLOZ, t. 7, p. 820, nº 1 ; BERRIAT SAINT-PRIX, p. 205, not. 36, nº 5; THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 173; BONCENNE, t. 2, p. 224, et BOITARD, t. 1, p. 287.

Mais cette Cour, qui déjà, le 6 août 1832 (*J. Av.*, t. 43, p. 558), avait reconnu la validité des significations faites dans le cours du procès à l'adjoint exerçant par intérim les fonctions du maire, tant qu'aucun acte n'a averti que la commune ait été pourvue d'un nouveau maire, a, dans son audience solennelle du 8 mars 1834 (*J. Av.*, t. 46, p. 187), sur les conclusions conformes de M. le

procureur général Dupin, adopté le principe diamétralement contraire à sa première jurisprudence. Nous croyons que c'est avec raison. En effet, si le maire est chargé de recevoir l'exploit, ce n'est que comme représentant de la commune, titre que lui donnent non pas les dispositions de l'art. 69, mais les fonctions administratives dont il est investi. Or, il est reconnu, en matière administrative, et c'est un principe d'ordre public posé dans l'intérêt de l'État et de la société, que les fonctions ne sont jamais vacantes; qu'en cas d'absence ou d'empêchement du titulaire qui en est chargé, celui-ci est toujours et de plein droit suppléé par le fonctionnaire du même ordre au degré immédiatement inférieur. Ce principe se trouve spécialement appliqué aux fonctions municipales par l'art. 5 de la loi du 21 mars 1831, lequel dispose que le maire sera remplacé par le premier adjoint, celui-ci par le second; s'il n'y a pas d'adjoints disponibles, par le premier conseiller municipal, ainsi de suite. (*V.* la *Quest.* 368 *bis.*) Il faut donc décider que la copie d'un exploit est valablement reçue et visée par chacun de ces fonctionnaires en l'absence de ceux qui le précèdent sur le tableau. Quoique cette nouvelle jurisprudence ait été encore repoussée par la Cour de Nîmes, le 17 décembre 1834 (*J. Av.*, t. 48, p. 159), elle a obtenu l'assentiment de celle de Toulouse, le 13 février 1835 (*J. Av.*, t. 49, p. 479), et la Cour suprême y a persisté, le 24 août 1836 (*J. Av.*, t. 51, p. 687.)

Il est toutefois essentiel de remarquer que, avant de laisser la copie au fonctionnaire inférieur, l'huissier doit constater l'absence ou l'empêchement du fonctionnaire ou des fonctionnaires supérieurs, le pouvoir de celui auquel il s'adresse ne devant légalement résulter que de ces circonstances; si donc cette indispensable précaution avait été omise, on pourrait en inférer que l'huissier s'est directement adressé au fonctionnaire inférieur sans se présenter au préalable chez celui qui était naturellement compétent, et son exploit ne pourrait échapper à la nullité : c'est ainsi que l'a jugé la Cour de Bordeaux, le 14 juillet 1836 (*J. Av.*, t. 52, p. 293).

Mais en serait-il de même, conformément à la décision de la Cour de Colmar du 11 décembre 1834 (*J. Av.*, t. 48, p. 46), si l'huissier avait remis la copie au juge de paix et au procureur du roi, sans avoir successivement constaté l'absence ou l'empêchement du maire, de tous les adjoints et de tous les conseillers municipaux?

Nous pensons qu'en l'absence du maire, c'est une faculté, mais non pas une obligation, pour l'huissier, de s'adresser soit à l'adjoint, soit au conseiller municipal qui le remplace.

Dans l'opinion contraire, il faudrait que l'huissier eût une connaissance parfaite de l'organisation de toutes les municipalités dans lesquelles il exploite, qu'il fût complétement fixé sur le nom et la demeure de tous ceux qui en font partie, ainsi que sur le rang qu'ils occupent au tableau : or, c'est là une connaissance qu'on ne peut, sans injustice, exiger de lui.

Pousser aussi loin l'exagération du dernier système adopté par la Cour de cassation, ce serait donner à la loi un caractère de rigueur inique dont rien ne fait sentir le besoin. Si les arrêts de la Cour suprême, antérieurs à celui du 8 mars 1834, péchaient par un trop grand respect pour le texte, celui de la Cour de Colmar pèche par l'excès contraire, en s'éloignant du texte pour prononcer la nullité d'une signification qui lui est conforme.

Ainsi, en définitive, l'adjoint, le conseiller municipal ont capacité pour recevoir la copie, lorsqu'ils remplacent le maire; mais ils ne l'ont que concurremment avec le juge de paix ou le procureur du roi, auxquels l'huissier peut immédiatement s'adresser, s'il ne rencontre pas la personne même du maire.

Au reste, la capacité pour recevoir l'assignation ou l'exploit d'appel, étant

fondée sur la loi civile, est indépendante de toute mesure administrative qui confierait à un autre fonctionnaire municipal, par délégation, le soin de suivre et de diriger les procès intéressant la commune ; dans une pareille hypothèse, ce ne serait pas moins au maire que les significations devraient directement être faites. C'est ainsi que l'enseigne M. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 195 et 196, et que l'a jugé la Cour de Bourges, le 31 mars 1829 (*J. Av.*, t. 37, p. 204), excepant néanmoins 1° le cas particulier où le maire aurait, dans la contestation, un intérêt personnel et distinct de celui de la commune ; Poitiers, 6 juin 1828 (*J. Av.* t. 35, p. 72), et conseil d'État, 16 novembre 1835 (*J. Av.*, t. 52, p. 384) ; 2° le cas où il s'agit, au procès, d'une ou de deux sections de commune (art. 56 et 57 de la loi du 18 juillet 1837).]] **Supp. alph.**, v° *Exploit*, n. 190 et 191.

[[370 novies. *Les exploits qui, aux termes des cinq premiers paragraphes de l'article* 69, *doivent être adressés au fonctionnaire public représentant l'assigné, peuvent-ils être laissés à leur domicile, entre les mains de leurs parents, serviteurs et employés ?*

Non, il faut nécessairement qu'ils soient remis à la personne du fonctionnaire.

La raison en est que les fonctionnaires ne reçoivent pas ces exploits pour leur compte, mais comme délégués du défendeur. Or, les parents ou serviteurs du fonctionnaire, ne sont point parents ni serviteurs du défendeur, seule qualité qui pût les autoriser à recevoir, et la preuve s'en tire de ce que le fonctionnaire doit apposer son visa sur l'original, ce qu'assurément les gens de sa maison n'auront jamais pouvoir de faire.

La Cour de Besançon a confirmé cette doctrine, le 2 juill. 1828 (*J. Av.*, t. 37, p. 31), en annulant un exploit qui, en l'absence du maire, avait été reçu et visé par son fils.

Au reste, l'assignation concernant une commune serait également nulle, si elle était donnée personnellement au maire et non à la commune, en la personne de ce fonctionnaire ; Cass., 10 juin 1812 (*J. Av.*, t. 13, p. 191). C'est une autre conséquence du principe que nul ne plaide par procureur.]]

Supp. alph., v° *Exploit*, n. 164 et 165.

[[370 decies. *La formalité du* visa *est-elle prescrite à peine de nullité ? Faut-il en faire mention sur la copie ?*

Pour résoudre la première partie de cette question, il faut distinguer entre les diverses natures d'exploit.

S'il s'agit d'une assignation, ou, par conséquent, d'un acte d'appel, l'art. 70 s'applique dans toute sa rigueur, puisqu'il se rapporte précisément à cette sorte d'actes.

Mais les significations qui ne sont pas des ajournements sont régies quant au *visa*, par un article spécial du Code de procédure civile, par l'art. 1039, qui ne prononce point la peine de nullité. Or, cette peine ne pouvant jamais être suppléée, ni étendue d'un cas à un autre, lorsque surtout la loi, bien loin d'être muette, offre une disposition particulière sur chacun de ces cas, il faut conclure que le défaut de *visa* d'un fonctionnaire public sur l'original d'une signification de jugement, par exemple, n'entraînerait point la nullité.

Cette distinction est adoptée par MM. FAVARD DE LANGLADE, t. 1, p. 144, DALLOZ, t, 7, p. 820, n° 3, et THOMINE DESMAZURES, sur l'art. 1039, t. 2, p. 709.

La jurisprudence a unanimement confirmé la même doctrine :

1° En appliquant la peine de nullité aux exploits d'assignation ou d'appel non revêtus du *visa ;* Liége, 16 décembre 1809 (*J. Av.*, t. 20, p. 227); Liége, 2 juillet 1810 (*J. Av.*, t. 13, p. 155); Bruxelles, 26 avril 1821 (*ibid.*, t. 1, de 1821,

p. 279), 18 avril 1822 (*ibid.*, t. 1, de 1822, p. 295), et 8 mai 1824 (*Journ.* de cette Cour, t. 2 de 1824, p. 60); Toulouse, 16 novembre 1830 (*J. Av.*, t. 41, p. 491); Limoges, 17 juill. 1835 (*J. Av.*, t. 50, p. 168), et Paris, 8 janv. 1836 (*J. Av*, t. 50, p. 292).

(Si le maire gardait l'original, et ne le rendait à l'huissier, sans l'avoir visé, qu'après les délais de l'appel, il y aurait abus de pouvoir, et la formalité pourrait être réputée remplie; Cass., 25 janvier 1825 (*J. Av.*, t. 30, p. 12).

2° En refusant d'annuler les significations d'un autre genre où la même formalité avait été omise; Colmar, 24 juillet 1812 (*J. Av.*, t. 13, p. 197); Cass., 20 août 1816 (*J. Av.*, t. 21, p. 275); Nancy, 11 avril 1826 (*J. Av.*, t. 31, p. 162); Bruxelles, 11 nov. 1829 (*J. Av.*, t. 41, p. 559); Cass., 28 avril 1835 (*J. Av.*, t. 48, p. 308), et Rouen, 27 fév. 1838 (*J. Av.*, t. 54, p. 348).

Mais, dans le cas d'une assignation, faut-il que la copie remise au fonctionnaire fasse mention du *visa* exigé à peine de nullité sur l'original? Non, car l'art. 69 ne le prescrit pas, à la différence de ce que dispose l'art. 68, pour le cas où c'est un exploit adressé à un simple particulier, et que l'on remet en son absence au maire ou à l'adjoint. (*Voir* la *Quest.* 368 *ter.*) Le motif de cette différence est facile à saisir: dans la position de l'art. 69, c'est la personne même à qui l'exploit est destiné qui signe l'original; a-t-elle besoin que la copie l'avertisse d'un fait dont elle est l'auteur? Dans celle de l'art. 68, le tiers pour lequel le fonctionnaire reçoit la copie est intéressé à savoir si toutes les formalités ont été remplies; peut-il l'apprendre autrement que par la mention qui en sera faite sur la copie qu'on lui transmettra (1)?

Notre solution a été consacrée par le conseil d'État, le 23 juin 1824 (*J. Av.*, t. 28, p. 278), et par les Cours de Poitiers, 6 juin 1828 (*J. Av.*, t. 35, p. 72), de Bourges, 3 janvier 1837 (*Journ.* de cette Cour, t. 10, p. 70), et de Bordeaux, le 11 janvier 1834 (*J. Av.*, t. 46, p. 312), en matière de domicile inconnu.

Nous croyons néanmoins qu'il est prudent de mentionner le visa sur la copie, afin que, si l'original vient à s'égarer, l'assigné ne puisse, en représentant sa copie, soutenir que le visa n'a pas eu lieu, ou que du moins rien ne le constate, ce qui suffirait pour faire prononcer la nullité, comme l'a jugé la Cour de Bruxelles, le 18 avril 1821 (*J. Av.*, t. 13, p. 285).]] **Supp. alph.** v° *Exploit*, n. 192 et suiv.

[[**370** undecies. *Le* visa *est-il également requis sur l'original d'une signification faite à la partie, au domicile par elle élu chez un fonctionnaire public, par exemple, en vertu de l'art.* 584 *du Code de procédure civile?*

Non; car ce n'est pas en vertu de ses fonctions que le fonctionnaire agira dans ce cas; ce n'est pas non plus en vertu d'une attribution légale; c'est tout simplement par l'effet du choix que la partie a fait de son domicile: or, si l'élection était tombée sur le domicile d'un particulier, celui-ci n'aurait pas été tenu d'apposer de visa, le fonctionnaire n'a pas un caractère plus officiel; c'est ce qu'a jugé la Cour de Bruxelles, le 7 déc. 1812 (*J. Av.*, t. 13, p. 197), et ce qu'enseigne M. DALLOZ, t. 7, p. 820, n° 4.

D'ailleurs la nécessité du visa doit se renfermer strictement dans les limites tracées par la loi, en sorte que l'exploit notifié à un tribunal, n'y serait pas soumis, parce que ce cas n'est point prévu; Bourges, 6 mars 1807 (*J. Av.*, t. 13, p. 88.)]]

---

(1) [Nous avons puisé ces motifs dans une consultation délibérée à Rennes, le 1er juin 1823, par MM Toullier, Lesbaupin, Caillard de Kerbertin et Legorrec.]

[[370 duodecies. *Les assignations données en la maison sociale et au domicile de l'un des associés doivent-elles contenir le nom de chaque associé, et être remises, pour chacun d'eux, en une copie séparée?*

On peut sans doute prétendre qu'il est loisible d'assigner individuellement chacun des associés (1), mais alors c'est à leur domicile que l'exploit doit être remis : il faut se conformer à l'art. 68. L'art. 69, § 6, contient une exception, facultative si l'on veut, à la règle posée par le précédent, et cette exception consiste à regarder la société comme un corps moral, un être individuel, que l'on peut par conséquent assigner sous son propre nom, qui est la raison sociale, et par une seule copie. *Voyez*, pour la justification de ces principes, *Questions* 287 *bis* et 307.

Lorsque la société est dissoute, les significations des jugements obtenus contre elle peuvent être faites à la personne du liquidateur; Paris, 12 décembre 1810 (*J. Av.*, t. 21, p. 256); ou bien en la personne et au domicile de celui des associés qui serait personnellement obligé à la dette; Paris, 11 sept. 1811 (*J. Av.*, t. 13, p. 13, p. 179.]] **Supp. alph.**, v° *Ajournem.*, n. 370 et suiv.

Supp. alph., v° *Ajournem.*, n. 351 et 352. *De la notification des assignations aux compagnies de chemins de fer.*

[[370 tredecies. *Les significations faites à une faillite doivent-elles être faites à un seul syndic pour tous les autres, ou à tous les syndics individuellement?*

La faillite, être moral personnifié en la personne des syndics, est représentée par tous et par chacun d'eux.

Les syndics sont tous égaux et aucun ne représente, plus qu'un autre, la faillite qu'ils sont chargés de liquider. Auquel alors signifier, si tous sont égaux? A celui qui est plus spécialement chargé de la branche de la faillite à laquelle correspond la signification à faire; mais l'huissier le saura-t-il? et, s'il se trompe, sera-t-il responsable de son erreur?

On ne pourrait signifier à un seul que si, parmi les syndics, la loi avait ordonné d'en désigner un, chargé de recevoir les significations : or c'est et que la loi n'a pas fait. Il y a donc nécessité de signifier à tous.

Pourquoi y a-t-il plusieurs syndics? C'est pour que toutes les affaires qui concernent la faillite soient traitées avec plus de maturité.

C'est parce que plusieurs avis valent mieux qu'un. Si on signifie à un seul, il est possible que les autres n'aient pas connaissance de la signification, et que l'affaire qu'elle concerne soit décidée par celui-là seul qui aura reçu la signification. Alors le but que la loi s'est proposé en ordonnant la nomination de plusieurs syndics est manqué. Les créanciers qui en ont nommé plusieurs, pour une plus grande garantie, voient leur intention méconnue. Supposons qu'un conseil judiciaire soit nommé à un prodigue, à un interdit, et que ce conseil soit composé de plusieurs membres, suffirait-il de signifier à un seul les actes qui concerneraient la personne soumise à la tutelle du conseil? Il faudrait incontestablement signifier à tous les membres du conseil, pour que

---

(1) [C'est du moins ce qu'enseigne M. BOITARD, t. 1, p. 295, et ce qu'on pourrait induire, au premier abord, d'un arrêt de la Cour de cassation du 27 février 1815 (*S.*, t. 15, 1re part., p. 188, et *J. P.*, 3e édit., t. 12, p. 609). Mais comme cet arrêt fonde principalement sa solution sur ce que les associés avaient antérieurement figuré au procès d'une manière individuelle, il semble qu'en principe il regarde l'exception de l'article 69, § 6, comme obligatoire et non facultative. Nous croyons qu'il faut adopter cette opinion, quoiqu'un autre arrêt du 27 germinal an XI (*J. Av.*, t. 13, p. 66), ait décidé qu'après avoir été actionnés en première instance sous la raison sociale, les associés peuvent être intimés individuellement sur l'appel.]

tous eussent connaissance légale de la signification, à moins encore que le tribunal qui aurait nommé le conseil judiciaire n'eût désigné un président de ce conseil, spécialement chargé de recevoir les significations.

Il doit en être ainsi d'une faillite : aussi lorsque la loi a voulu qu'une seule signification fût faite à un être collectif, elle a désigné quelqu'un pour la recevoir; ainsi, elle a voulu que les significations aux administrations fussent faites aux chefs et aux présidents de ces administrations.

Mais un syndicat de faillite n'a pas de président, et il faut signifier à tous, parce que tous, et non pas un seul, composent le syndicat; autrement un syndic, mais non le syndicat, aurait reçu la signification.]] **Supp. alph.**, v° *Exploit*, n. 205.

371. *Si un huissier ne trouve pas la demeure d'une personne au lieu où elle s'est donné domicile, doit-il, à peine de nullité, afficher une copie de l'exploit à la principale porte de l'auditoire du tribunal où la demande est portée, et en donner une seconde au procureur du roi?*

Un arrêt de la Cour de Bruxelles du 8 mai 1807, rapporté par les éditeurs de la *Jurisprudence* sur la procédure, et *J. Av.*, t. 13, v° *Exploit*, p. 94, a décidé que l'art. 9 du tit. 2 de l'ordonnance de 1667, qui renfermait une disposition analogue à celle du § 8 de l'art. 69 du Code de procédure, n'était relatif qu'aux personnes qui n'avaient pas de *domicile connu ;*

Qu'ainsi, dans l'espèce de la question ci-dessus posée, où l'assigné s'était donné un domicile, l'huissier, dont les recherches par toute la commune avaient été infructueuses, n'avait pu mieux faire, dans le silence de la loi sur la marche à suivre en pareil cas, que de remettre son exploit au maire; mesure dont l'événement justifiait d'ailleurs l'efficacité, puisque l'exploit était parvenu à l'assigné.

Il suffit de comparer les termes de l'article de l'ordonnance avec ceux du § 8 de l'art. 69, pour reconnaître que la même décision devrait être rendue sous l'empire du Code de procédure (1).

[[Cette question se rattache à celle qui est traitée sous le n° 355. Nous les y avons examinées, l'une et l'autre, sous toutes leurs faces.]]

[[**371** bis. *Lorsque le défendeur n'a ni domicile, ni résidence connus en France, devant quel tribunal doit-on l'assigner en matière personnelle?*

L'exploit doit, en pareil cas, être affiché à la porte de l'auditoire, et remis au procureur du roi du tribunal où la demande est portée; principe méconnu

---

(1) Dans ce cas, et dans tous ceux où le domicile n'est pas connu, si l'exploit est un acte d'appel, l'huissier doit afficher, non pas à la porte du tribunal du lieu de la signification, mais à la principale porte de l'auditoire de la Cour qui doit connaître de l'appel, et remettre la copie au procureur général. Rennes, 2 déc. 1812 (*J. Av.*, t. 13, p. 203).

[On peut voir dans le même sens les arrêts de Trèves, 30 janvier 1811; Colmar, 25 novembre 1815; Douai, 31 décembre 1819 (*J. Av.*, t. 3, p. 299); Montpellier, 16 juillet 1828 (*J. Av.*, t. 35, p. 294); Cass., 14 juin 1830 (*J. Av.*, t. 39, p. 111, et Nancy, 26 mai 1834 (*J. Av.*, t. 47, p. 713): les termes de la loi sont formels à cet égard; *le tribunal*, dit-elle, *où la demande est portée :* or l'appel est une demande qui ne peut être portée que devant la Cour d'appel.]

Remarquons, en outre, que la remise de l'exploit doit être faite, comme nous venons de le dire, sans que l'huissier soit tenu de dresser préalablement un procès-verbal constatant l'inutilité de ses recherches; ce serait une formalité frustratoire, puisqu'elle ne peut produire aucun effet. Rennes, 2e chamb., 16 janv. 1818 (*J. Av.*, t. 18, p. 254).

[*V.* notre *Quest.* 355.]

par la Cour de Paris, le 3 février 1812 (*J. Av.*, t. 20, p. 351), mais trop clairement écrit dans le § 8 de l'art. 69 pour qu'on puisse le révoquer en doute; principe que la Cour de Bordeaux a déclaré applicable à la signification d'un jugement déja rendu, 28 mars 1833 (*J. Av.*, t. 45, p. 548).

L'exécution de cette formalité paraît facile, et elle l'était notamment dans l'espèce jugée par la Cour de Bordeaux. Mais, dans le cas d'un exploit d'assignation, comment déterminer le tribunal compétent ?

La législation n'offre aucune règle certaine. Nous avons fait connaître l'opinion de M. Pigeau, dans notre addition à la note, sous l'art. 59; M. BOITARD, t. 1, p. 299, propose d'assigner le défendeur, dont le domicile et la résidence sont inconnus, devant le tribunal dans le ressort duquel l'obligation a été contractée. Il sera, ce nous semble, bien difficile, dans la plupart des cas, d'assigner le lieu où l'obligation a pris naissance. Aussi nous préférerions le système de M. Pigeau, comme plus simple et plus naturel, sans prétendre toutefois qu'un autre mode ne pût valablement être suivi, puisque la loi n'en désigne aucun.]] **Supp. alph.**, v° *Exploit*, n. 198 et 199.

[[**371** ter. *Lorsqu'un étranger a, en France, une résidence de fait, peut-on l'y assigner, comme si c'était son domicile, sans parler à sa personne ?*

Oui, puisque le § 8 de notre article permet d'assigner à sa résidence actuelle celui qui n'a point de domicile connu en France. Aussi l'affirmative a-t-elle été adoptée par la Cour de cassation, les 27 juin 1809; 20 août 1811 (*J. Av.*, t. 13, p. 133), et 2 juillet 1822 (*J. Av.*, t. 24, p. 222). C'est aussi l'opinion de M. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 198.

M. Carré, qui citait à sa note *Jurisprudence* l'arrêt du 27 juin 1809, ajoutait : « L'étranger peut également être assigné au domicile d'un mandataire, s'il lui avait donné pouvoir spécial pour répondre à l'action; autrement il faudrait se conformer au § 9 de l'art. 69. »

C'est en effet ce qu'a jugé la Cour de Rennes, le 13 mars 1818 (*J. Av.*, t. 13, p. 259). On peut voir, sous la *Quest.* 353 *bis*, avec quelles restrictions nous consentirions à adopter cet avis.

Toujours est-il certain qu'on ne pourrait regarder la caution de l'étranger comme son mandataire, et l'assigner au domicile de cette caution; Cass., 5 août 1807 (*J. Av.*, t. 13, p. 99). Mais l'assignation donnée à sa personne sera toujours valable, alors même que le tribunal aurait ordonné un réassigné à domicile; Rennes, 22 juillet 1814 (*J. Av.*, t. 13, p. 118).

L'assignation donnée à un étranger pour voir opérer la radiation d'une inscription ordonnée par jugement ne peut même être faite au domicile élu dans l'inscription, parce que l'art. 2156 du Code civil ne s'applique point à l'exécution d'un jugement rendu à la suite de l'inscription; et que dès lors les dispositions des art. 548 et 69 du Code de procédure civile doivent reprendre leur empire. C'est donc au domicile du procureur du roi qu'un pareil acte doit être signifié; Pau, 21 janvier 1834 (*J. Av.*, t. 47, p. 492).]] **Supp.**, p. 96.

372. *En est-il, relativement aux étrangers qui sont hors de France, des significations des jugements et autres actes judiciaires, comme des exploits d'ajournement? Doit-on les notifier au domicile du procureur du roi?*

Cette question a été résolue pour l'affirmative, sous l'empire de l'ordonnance, par une foule d'arrêts rapportés dans les *Questions de Droit* de M. Merlin, au mot *Signification de jugement*.

Il est évident, par l'analogie qui existe entre l'art. 69 du Code de procédure, et l'art. 7 du tit. 2 de l'ordonnance, que l'on doit se conformer aujourd'hui à cette ancienne jurisprudence

[[Nous adoptons cette décision, malgré la restriction qu'y a apportée la Cour de Paris, le 28 février 1825 (*J. Av.*, t. 30, p. 397), en ce qui concerne la signification d'un transport ou cession de créances, qui lui paraît régie par la disposition particulière de l'art. 560 du Code de procédure civile. Cet article contient une exception formelle au § 9 qui nous occupe, relativement aux exploits de saisie-arrêt, qui ne doivent pas être notifiés au procureur du roi, mais toujours à personne ou domicile, quoique celui entre les mains de qui l'opposition est faite ne soit pas domicilié en France sur le continent.

Cette exception est fondée sur la possibilité qu'aurait le tiers saisi de se libérer, même de bonne foi, envers son débiteur, pendant l'intervalle qui s'écoulerait entre la remise de l'exploit au parquet du procureur du roi et sa réception par le tiers saisi. Le même inconvénient pouvant se présenter en matière de signification de transport, la Cour a cru devoir assimiler ces deux cas.

Nous les assimilerions aussi, et pour les mêmes motifs, s'il s'agissait d'un tiers saisi domicilié en France hors du continent. Mais il nous semble que c'est uniquement à ceux qui se trouvent dans cette dernière position qu'on doit appliquer l'exception de l'art. 560. Ceux qui ont leur domicile établi chez l'étranger n'y sont pas compris; à leur égard, le § 9 de l'art. 69 subsiste toujours. On peut en trouver le motif dans les principes que nous exposons sous la *Quest.* 373 *bis*; *V.* aussi la question suivante.]] **Supp. alph.**, v° *Exploit*, n. 181 et suiv.

373. *Mais cette décision serait-elle applicable aux Français habitant hors du continent ou établis chez l'étranger ?*

M. Merlin fait observer « que les significations ne peuvent, comme les citations, être faites au domicile du procureur du roi, hors le cas où concourent « les deux conditions requises par l'art. 7 du tit. 2 de l'ordonnance de 1667; « c'est-à-dire, hors le cas où il s'agit d'étrangers, et où ces étrangers ne sont « pas en France. »

Nous répondons que l'art. 7 du tit. 2 de l'ordonnance était, sous ce rapport, autrement conçu que l'art. 69 du Code; il portait : *Les* ÉTRANGERS *qui seront* HORS LE ROYAUME *seront ajournés ès hôtels de nos procureurs généraux*. Mais la généralité des termes de notre article ne permet pas de faire l'exception que l'ordonnance semblait autoriser (1).

[[Le doute avait été proposé en sens inverse, et nous avons peine à comprendre que ce pût être sérieusement. Car, si la généralité des termes a été introduite dans la nouvelle loi afin de compléter la disposition de l'ordonnance, on ne peut supposer que le législateur ait voulu excepter précisément le seul cas que cette ordonnance eût prévu d'une manière formelle.

Il faut donc décider non-seulement que le § 9 de l'art. 69 s'applique aux Français domiciliés à l'étranger, que le texte de l'ordonnance ne désignait pas, mais encore et surtout aux étrangers eux-mêmes qui étaient formellement compris dans cet ancien texte.

Ces deux vérités sont confirmées, la première par un arrêt de la Cour d'Or-

---

(1) Il y a plus : Rodier cite, *Quest.* 4, un arrêt du conseil d'Etat du 25 août 1692, et un arrêt du Parlement de Rouen, qui, sur ce point, assimilèrent le Français à l'étranger, et il ajoute *qu'il faut s'en tenir à cette façon de procéder, jusqu'à ce que le roi s'en soit autrement expliqué.*

Il suffit de lire l'art. 69 pour reconnaître qu'elle a été consacrée de la manière la plus formelle par la généralité de ces termes de l'art. 69, *ceux qui;* ils comprennent évidemment toute personne, *française ou étrangère habitant le territoire du royaume, hors du continent ou établie chez l'étranger.*

léans du 28 avril 1831 (*J. Av.*, t. 43, p. 726), qui applique notre paragraphe aux Français; la seconde, par l'autorité de MM. DALLOZ, t. 7, p. 820, n° 2; THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 173, et BOITARD, t. 1, p. 300, qui déclarent sa disposition commune aux étrangers, Tous les arrêts rendus sur la matière le supposent d'ailleurs.

M. CARRÉ a développé les *Quest.* 372 et 373, dans une consultation délibérée à Rennes, en 1821, et dont voici le texte :

« *Les assignations et citations sont les seuls actes de procédure, qui doivent être signifiés au procureur du roi.*

« De cette fausse proposition, les appelants concluent que, tous les actes de procédure leur ayant été notifiés au domicile du procureur du roi, sont par là même radicalement nuls, et que, par suite, les choses doivent être remises au même et pareil état qu'elles étaient avant l'instance.

« La fausseté du principe peut ici se démontrer par l'absurdité des conséquences.

« Si, en effet, de ce que l'art. 69 est placé sous le titre des ajournements, sans qu'aucune disposition particulière le déclare applicable à aucun autre cas, si encore, de ce que ces mots *seront assignés* seraient exclusifs de tous actes qui ne seraient pas *assignation*, l'on conclut que l'on ne peut notifier au procureur du roi tous autres exploits à poser à domicile, qui s'adresseraient à un Français résidant hors du royaume, il faudrait dire aussi qu'il n'existe aucune règle, par rapport à tous les autres exploits, parce que celles que renferme le Code de procédure, étant une seule fois pour toutes posées *au titre de l'ajournement*, ne pourraient être étendues aux exploits qui n'auraient pas un ajournement pour objet. Il faudrait conséquemment admettre que la date de l'acte, l'immatricule de l'huissier, les noms des parties, la mention de la remise ne sont pas nécessaires.

« On sent assez où conduirait une semblable supposition dont la fausseté est complétement démontrée par l'ensemble des dispositions même du Code de procédure civile au titre des ajournements; telles sont celles des art. 63, 64, 65, 66, 67, 68.

(*V.* la question suivante.)

« On remarquera particulièrement l'art. 63, qui évidemment contient une disposition générale relative à tous exploits; l'art. 66 qui, en défendant aux huissiers d'instrumenter pour leurs parents ou alliés, jusqu'à un certain degré, concerne également tous les actes du ministère des huissiers; enfin, l'art. 68 sur lequel l'un des soussignés a fondé, conformément au sentiment de M. Merlin et de M. Berriat Saint-Prix, la solution des 340e et 341e *Questions* de son *Traité de procédure civile* (*Voy.* t. 1er, p. 120), et maintient que tous actes du ministère des huissiers, compris sous le terme générique d'exploits, sont assujettis aux formalités prescrites par les dispositions qui forment le titre des ajournements.

« On ne saurait contester que le législateur, en prescrivant la remise de l'exploit au procureur du roi, a indiqué, pour le Français résidant en pays étranger, un domicile qui tient lieu de celui qu'il avait avant son absence. Il s'ensuit que, dans tous les cas où un exploit quelconque doit être notifié à *domicile*, il doit être remis au procureur du roi lorsque la partie à laquelle il s'adresse est absente du royaume. La preuve de cette assertion est tirée de ce que la loi a soin d'exprimer le contraire; par exemple dans l'art. 560, où elle fait exception au principe. Or, on connaît la maxime *exceptio firmat regulam*.

« Si l'on pouvait adopter une doctrine contraire, il faudrait dire ou que l'on aurait à laisser la copie de l'exploit au domicile qu'avait la partie, ou qu'on devrait la faire notifier au lieu de sa résidence en pays étranger.

« Dans la première hypothèse cette partie serait privée de la chance de connaître l'exploit au moyen de l'envoi que le procureur du roi doit en faire au ministre.

« Dans la deuxième, on contreviendrait aux principes de notre législation, qui ne reconnaissent pas à des officiers étrangers le droit de citer devant les tribunaux français, ou de mettre à exécution un jugement émané d'eux, autrement que par suite d'une commission spéciale decernée par les magistrats du royaume au magistrat étranger, afin qu'il commette à son tour l'officier public qui devra notifier l'exploit ou exécuter le jugement.

« Les dispositions des art. 2128 du Code civil et 546 du Code de procédure, prouvent la sollicitude de la loi pour conserver le principe d'après lequel tous les tribunaux français ne peuvent prendre, pour base de leurs décisions, des actes notifiés ou reçus par des officiers étrangers; on ne peut donc pas dire qu'un exploit puisse être signifié en pays étranger à la simple requête de la partie, et c'est pour cette raison que la loi a désigné, dans l'intérêt du défendeur, le procureur du roi pour recevoir la copie, et qu'elle a indiqué son domicile à la place du domicile réel.

« Enfin, l'on cite à l'appui de l'opinion contraire l'annotation de Bornier sur l'art. 7, tit. 2, de l'ordonnance de 1667, lequel décide qu'on ne regarderait pas, comme valablement faite au domicile des procureurs généraux, une signification de transport ou autre acte non accompagné d'assignation, que l'on voudrait notifier à un étranger.

« A cette autorité on peut opposer celle de Rodier (*Quest.* 2e sur l'ordonnance de 1667, tit. 2, art. 7) de M. Merlin, au *Nouveau Répertoire*, vo *Signification de jugements*, enfin, celle de Serpillon, art. 7, ordonnance de 1667; quoique l'ordonnance, dit ce dernier auteur, ne parle que des assignations, on en use de même pour les sommations et autres procédures, même pour les saisies et exécutions qui doivent pareillement être signifiées aux hôtels de MM. les procureurs généraux.

« Il est vrai, dit Rodier, *ubi suprà*, que l'ordonnance ne parle que des ajournements; ce serait bien peu si la chose était bornée à cela, on ne saurait douter qu'on ne puisse signifier en la même forme *toutes les procédures faites en conséquence de ces ajournements, et la condamnation même obtenue sur iceux, et tout ce qui peut tendre à l'exécution de cette condamnation.*

« Cet auteur, traitant ensuite la question de savoir s'il en doit être de même du Français hors du continent, cite un arrêt du conseil-d'État, du 25 août 1692, qui ordonna que l'assignation et *autres significations* qui seraient à faire aux héritiers du sieur de Maintenon et aux sieur et dame Oger, établis et demeurant aux îles de l'Amérique, seraient données à l'hôtel du procureur général.

« Telle était la manière la plus générale d'interpréter l'art. 7, tit. 2, de l'ordonnance; la conformité de l'art. 69 du Code judiciaire actuel avec cette partie de l'ordonnance donne assez à entendre que le même mode d'interprétation doit être suivie sous l'empire des lois nouvelles.

« En vain indiquerait-on, à l'appui du système contraire, un arrêt du parlement de Grenoble, du 19 janvier 1779, lequel semble décider que la signification d'un jugement, à un Français habitant hors de France, ne peut être faite au domicile du procureur général : le motif de cette décision fut sans doute que le condamné *était au service du Roi;* ce fait était reconnu de toutes les parties.

« M. Merlin, *ubi suprà*, paraît penser que tout exploit, autre que l'ajournement, doit être signifié à personnne ou domicile; mais une note placée au bas de la page porte ces mots : « Ceci a été écrit et imprimé, pour la première

« fois, avant le Code de procédure civile; mais l'art. 69 de ce Code renouvelle « la distinction de l'ordonnance de 1667. »

« Enfin, cette opinion du conseil a déjà été professée par l'un des soussignés, dans son *Traité et Questions de Procédure civile*, *Quest.* 512, p. 150, t. 1er, et de plus l'arrêt de la Cour de cassation ci-dessus rapporté vient confirmer cette doctrine, en décidant que les significations en poursuite d'expropriation forcée avaient été valablement faites au domicile du procureur du roi, et l'on sent l'identité de cette espèce avec celle de la cause, puisqu'il est aussi question ici de la nullité des significations qu'une poursuite de la même nature avait rendues nécessaires. Vainement essaie-t-on de trouver, dans l'intention de la loi, des motifs d'une décision différente pour les *ajournements* ou *les significations.*

« Cette distinction est en effet purement illusoire, et la preuve en est que, s'il est indispensable qu'un individu ait une connaissance directe et personnelle de l'*execution* poursuivie contre lui, il n'est pas moins nécessaire qu'il ait une semblable connaissance de l'acte dont le but est de prouver cette exécution. Or, dans ce dernier cas, la loi veut que l'assignation soit faite au domicile du procureur du roi; pourquoi n'en serait-il pas ainsi lorsque les raisons de décider sont les mêmes?

« Enfin, l'art. 159 du Code de procédure civile, dont les sieur et dame de Lamothe cherchent à se prévaloir, n'offre aucune induction dont ils puissent tirer avantage.

« Cet article, en effet, en exigeant, comme une condition essentielle de l'exécution du jugement, un acte quelconque, duquel il résulte *nécessairement* que cette exécution ait été connue de la partie défaillante, met au nombre de ces actes la notification qui lui est faite à *personne* ou *domicile.* Or, le domicile du Français, habitant chez l'étranger, a été fixé par la loi chez le procureur du roi. La notification de ce *domicile légal* est donc tout aussi valable que si elle avait été faite à la personne ou au domicile de ce Français.

« Il en est de ce cas comme de celui où un individu aurait fait *élection de domicile* pour l'exécution d'un acte dans un autre lieu que celui de son véritable domicile; pourrait-il demander l'annulation des poursuites relatives à cet acte, que son créancier aurait dirigées contre lui à ce domicile convenu?

« La négative est incontestable. Or, ce que le Français éloigné de son pays n'a pas prévu, la loi l'a fait pour lui; elle lui a élu un domicile où devraient se notifier tous les actes et demandes à former contre lui, et toutes les suites à donner à ces demandes.

« C'est donc par la seule force de la loi que le domicile du procureur du roi devient le domicile élu du Français établi chez une nation étrangère, et c'est de ce principe qu'il faut partir pour décider que toutes les significations qui, dans l'espèce, ont eu lieu à ce domicile, ne sauraient être frappées de nullité. »]] **Supp. alph.**, v° *Exploit*, n. 181 et suiv.

[**373** bis. *Celui qui habite le territoire français, hors du continent, est-il valablement assigné en sa personne et domicile? Celui qui est domicilié à l'étranger, peut-il être assigné par un officier ministériel étranger?*

A l'égard de la personne domiciliée hors du continent, mais dans les possessions françaises, le doute n'est pas admissible. Le mode introduit par l'article 69 n'est destiné qu'à suppléer à celui de l'art. 68, devenu, dans certains cas, impossible ou du moins difficile. Si néanmoins on trouve moyen d'employer ce dernier, nul ne peut s'en plaindre, l'assigné moins que tout autre, puisqu'il y gagne d'être averti plus tôt et plus sûrement. Aussi la Cour de Florence a-t-elle, le 30 juin 1810 (*J. Av.*, t. 13, p. 151), consacré cette doctrine, qu'enseigne M. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 198, en ajoutant, pour la confirmer,

que l'exploit sera donné par un huissier investi d'un caractère public par la loi française, et pouvant conséquemment imprimer l'authenticité à ses actes.

Mais cet auteur se demande ensuite s'il ne devrait pas en être de même d'une assignation qu'un Français ferait donner en pays étranger, avec les formes voulues dans ce pays, et il pense que l'assignation serait valable. Nous ne saurions partager cette opinion. « Il faut ici rappeler, dit M. Pigeau, les principes sur l'authenticité des actes faits en pays étranger. S'ils ne sont pas authentiques ici, ce n'est pas en faveur de ceux qui habitent le territoire, lesquels ne peuvent méconnaître la foi due aux officiers institués par leur propre gouvernement, mais en faveur de ceux qui ne sont pas soumis à ce gouvernement, lesquels ne sont pas plus obligés de connaître ces officiers que l'autorité de la puissance qui les a établis. Or, si le Français qui a fait assigner, par exemple en Angleterre, se sert de l'assignation, et consent par là que foi soit due à l'officier qui l'a donnée, comment l'étranger pourrait-il refuser de donner la même confiance à un homme institué par son prince? »

Nous répondrons qu'il est inexact de dire que, si un acte fait en pays étranger n'est pas authentique, ce n'est pas en faveur de l'étranger, mais du Français; de telle sorte que, si celui-ci consent que foi soit due à l'officier qui a fait cet acte, il acquiert l'authenticité. C'est se méprendre entièrement sur la nature de l'authenticité, qui ne dépend pas ainsi de l'intérêt privé et de la volonté des parties, mais dont les conditions sont réglées d'une manière immuable dans la loi.

L'acte authentique est celui à qui pleine foi est due, parce qu'il émane d'un officier public compétent; il est revêtu de la forme exécutoire, et main-forte doit être prêtée à son exécution; mais, si l'acte émane d'un officier non institué par la loi française, les tribunaux français ne lui attribueront pas les effets qui découlent de l'authenticité, quelle que soit la volonté de l'une des parties. Appliquant ces principes à la question posée, qu'arrivera-t-il si une assignation est donnée à l'étranger pour comparaître devant un tribunal français, par un huissier étranger, ou peut-être sans l'intermédiaire d'un huissier, ou même verbalement, si telles sont les formes voulues dans ce pays? Quel que soit le consentement que le Français qui a fait assigner a donné à ces formes étrangères, est-ce qu'un tribunal français pourra rendre un jugement sur une pareille assignation? Quoi! l'ajournement donné devant un tribunal par un huissier de justice de paix sera nul, et l'on pourra valider celui donné par un huissier d'une autre nation! Dans toutes les affaires qui doivent être précédées d'une assignation, la loi a tracé les formes que doit avoir cet acte; elle a dit aussi par quel officier il devait être donné. On ne peut s'en écarter, et lorsque les nullités sont signalées au tribunal, elles doivent être prononcées. Vainement le demandeur dira qu'il consent que foi soit due à l'officier étranger, le tribunal lui répondra qu'il ne peut ajouter foi qu'aux actes émanés d'officiers institués par la loi qui le régit. Mais, dit M. Pigeau, l'art. 560 du Code de procédure civile répond à l'objection tirée de ce que l'huissier n'a pas caractère. D'abord, ce ne sera pas seulement pour défaut de caractère de l'huissier que l'assignation sera annulée, elle le sera aussi pour violation de l'art. 69, 9°; de plus, cet art. 560 ne peut être invoqué, parce qu'il crée une exception: on a craint, avec raison, que, dans l'ignorance de l'opposition qui serait entre les mains du procureur du roi, le tiers saisi ne payât; mais c'est bien mieux, cet article doit si peu être invoqué que M. Pigeau s'est étrangement mépris sur son interprétation. Cet article parle des personnes non demeurant en France sur le continent, veut-il dire à l'étranger? Non, sans doute; car comment une saisie-arrêt pourrait-elle être formée sur une personne demeurant à l'étranger, pour être déclarée valable en France.

et cette personne étrangère condamnée à payer? L'art. 560 a donc voulu parler des personnes demeurant en France, hors du continent, et dès lors tombe l'argument de M. Pigeau, puisque l'huissier aura caractère pour faire la signification. Nous croyons donc pouvoir soutenir que l'assignation donnée en pays étranger, par un huissier étranger, serait nulle; si le législateur avait cru pouvoir permettre de pareils actes, il l'aurait dit, surtout dans l'art. 201, Cod. comm., où, s'agissant d'une vente de navire urgente, par suite d'une saisie, il a exigé que les formes de l'art. 69, Cod. pr. civ., fussent suivies pour assigner le propriétaire du navire qui demeure à l'étranger.

V., dans la consultation rapportée sous la question précédente, l'opinion de M. Carré.]] **Supp. alph.**, v° *Ajournem.*, n. 356 et suiv.

374. *Doit-on appliquer les dispositions des § 8 et 9 de l'art. 69, en ce qui concerne la remise au procureur du roi, lorsque l'affaire est portée devant un juge de paix ou un tribunal de commerce?*

Nous pensons qu'on n'en doit pas moins remettre la copie au procureur du roi du tribunal civil dans le ressort duquel se trouve le juge de paix ou le tribunal de commerce qui doit connaître de la contestation. (*V.* LOCRÉ, *Esprit du Code de commerce*, t. 9, p. 77.)

[[C'est en effet le mode le plus convenable et le plus légal.]] **Supp.**, p. 97.

[[**374** bis. *Si l'assignation à donner dans le cas du § 9 de l'art. 69 est faite à la requête du procureur du roi, devra-t-elle être remise à son parquet?*

On peut trouver bizarre, sinon dangereux, qu'une assignation soit remise à celui-là même qui en est l'auteur pour la faire passer à l'assigné. Mais les hautes fonctions que remplit le ministère public lorsqu'il agit dans l'intérêt de la société, l'impartialité dont sa position lui fait un devoir, et dont le désintéressement du magistrat lui permet l'exercice, sont à nos yeux des raisons suffisantes pour admettre une procédure que la loi n'offrirait peut-être pas le moyen de remplacer efficacement; c'est du reste, l'avis de M. BOITARD, t. 1, p. 303 et 304.]]

ART. 70. Ce qui est prescrit par les deux articles précédents sera observé à peine de nullité.

Tarif, 78.—Ordonn. de 1667, tit. 2, art. 3 et 4. — Code de proc., art. 173. — Décret du 14 juin 1813, art. 45.—Code pénal, art. 146.— [Notre Dict. gen. de proc., v^is *Exploit*, n° 200; *Huissier*, n°s 185 188.—Locré, t. 21, p 258, n° 27. — QUESTIONS TRAITÉES : Si l'assigné comparaît au jour indiqué, représentant la copie d'exploit qu'il a reçue, la présomption qu'il ne l'a pas connue étant ainsi invinciblement détruite, ne sera-t-il plus recevable à en demander la nullité pour inobservation d'une formalité qui n'avait pour but que de l'avertir? *Q.* 374 *quater.* —La nullité prononcée par l'art. 70 s'applique-t-elle indistinctement à l'omission de toutes les formalités prescrites par les art. 68 et 69? *Q* 374 *quinq* — La peine de nullité et les réparations accessoires qu'y attache l'art. 71, sont-elles les seules peines qui seraient encourues, dans le cas où l'huissier eût fait porter, par un clerc ou par un commissionnaire, un exploit dans lequel il n'en eût pas moins énoncé l'avoir signifié lui-même? *Q* 375]

LIX. La nullité prononcée par cette disposition est fondée sur ce que le législateur a considéré les formalités prescrites par les deux articles précédents, comme tellement essentielles, qu'il devait résulter de leur inobservation une présomption légale que l'acte n'a pas été connu des parties intéressées.

[[**374** ter. *Si l'assigné comparaît au jour indiqué, représentant la copie d'exploit qu'il a reçue, la présomption qu'il ne l'a pas connue étant ainsi invinciblement détruite, ne sera-t-il plus recevable à en demander la nullité pour inobservation d'une formalité qui n'avait pour but que de l'avertir ?*

Cette question est traitée sous notre n° 739 *bis*, § 7, t. 2, p. 215. L'opinion que nous y développons, et que nous appuyons de diverses autorités, est encore enseignée, sous l'art. 70, par M. THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 174, et a été appliquée, le 4 novembre 1835 (*Journ.* de Bruxelles, 1835, t. 2, p. 512), par la Cour de cette ville, qui a décidé qu'un exploit n'est pas valable par cela que la copie en est parvenue à l'assigné, lorsqu'il est établi que la remise de cette copie n'a pas été faite de la manière indiquée par la loi.]]

[[**374** quater. *La nullité prononcée par l'art. 70 s'applique-t-elle indistinctement à l'omission de toutes les formalités prescrites par les art. 68 et 69?*

M. BOITARD, t. 1, p. 304 et 305, fait, à cet égard, une distinction qu'on ne peut s'empêcher d'adopter; parmi ces formalités, dit-il, il en est dont l'accomplissement dépend soit de la partie, soit de l'huissier, son mandataire; il en est d'autres qui ne leur sont pas personnellement imposées, comme l'envoi que le procureur du roi est obligé de faire, au ministère des affaires étrangères ou de la marine, de la copie d'exploit destinée à un étranger ou à un habitant des colonies

Si cet envoi n'a pas été fait, la partie ne saurait en souffrir, parce qu'elle n'est pas coupable de l'omission, il ne faut donc la punir que des fautes qu'elle a pu empêcher, et qui proviennent de son fait ou du fait de l'huissier.

Il serait injuste de l'exposer à des déchéances souvent irréparables pour une omission commise par un tiers. M. BONCENNE, t. 2, p. 235, se range à cette opinion, avec M. FAVARD DE LANGLADE, t. 1, p. 144 : la Cour de cassation l'avait déjà consacrée, le 11 mars 1817 (*J. Av.*, t. 13, p. 247).

Voici le développement de cette proposition dans une consultation délibérée à Rennes par M. Carré, en 1821 :

« *Le ministère public n'a pas envoyé copie de l'assignation au ministère de la marine.*

« Cette omission, dit-on d'une obligation prescrite par l'art. 69, n° 9, du Code de procédure, entraînerait la nullité de l'assignation, qui, par conséquent, ne pourrait autoriser les poursuites ultérieures, poursuites *nulles*, comme la cause dont elles procéderaient, suivant la maxime *quod nullum est nullum producit effectum.*

« Ainsi, le demandeur deviendrait responsable de l'omission ou de la négligence d'un magistrat qui n'est son mandataire sous aucun rapport; il supporterait la peine d'un fait qui ne lui est pas personnel, et auquel il n'a pris aucune part.

« Une semblable doctrine est évidemment contraire à l'esprit de la loi; on peut même dire aux simples lumières de la raison.

« Il est en effet de principe que, si tout fondé de pouvoir est responsable envers son commettant, ce dernier ne l'est pas moins de la personne qu'il a choisie pour le représenter; il a, comme disent les auteurs, à s'imputer la faute *talem personam elegisse.*

« Ainsi, pour appliquer ce principe à l'espèce, le demandeur aurait à supporter tous les effets d'une faute commise par l'huissier qu'il eût chargé de notifier son assignation. Cet officier est un véritable mandataire responsable envers celui qui emploie son ministère, mais dont celui-ci doit répondre à son tour.

« Mais on ne saurait contester raisonnablement que l'huissier qui a notifié l'assignation n'a pas rempli tout ce que lui prescrivait la loi, en remettant au procureur du roi la copie de l'assignation; dès lors, ses pouvoirs ont cessé; et, par conséquent, le mandant s'est trouvé dégagé de toute responsabilité, et le fait du magistrat, dépositaire de la copie de l'exploit, lui est parfaitement étranger.

« En un mot, la maison Lemasne n'eût pu souffrir que des fautes de l'huissier auquel elle avait confié ses pouvoirs, et non d'une omission du fonctionnaire désigné par la loi pour recevoir l'exploit adressé aux défendeurs.

« C'est vainement que l'on argumente, dans la consultation servie aux soussignés, du principe général que la *condition du défendeur est la plus favorable*, et que l'on avance, que ce serait *violer ouvertement tous les principes que de faire souffrir le défendeur de la négligence du procureur du roi.*

« Sans doute, la condition du défendeur est la plus favorable, en ce sens que c'est au demandeur qu'incombe la charge de toute preuve à faire contre lui. Mais, on ne peut trop le répéter, le mandant est responsable du fait du mandataire, et le procureur du roi est véritablement le mandataire *légal* du défendeur auquel un exploit doit être notifié, c'est donc à ce dernier à supporter le résultat des omissions ou négligences de ce magistrat.

« En effet, la loi impose au demandeur l'obligation de faire connaître au défendeur l'objet de la demande, les moyens sur lesquels elle est fondée, devant quel tribunal et dans quel délai il devra comparaître, et enfin à quel domicile élu elle a été notifiée : voilà ce que l'art. 61 du Code de procédure prescrit à toute personne qui forme une demande en justice, voilà ce que doit faire connaître tout exploit d'*ajournement* ou *assignation.*

« L'art. 59 veut en outre qu'en *matière personnelle*, le défendeur soit assigné devant le tribunal de son domicile; l'art. 68, que l'exploit soit remis à ce même domicile si l'on n'y trouve pas la personne, etc.; enfin la loi qui veille aux intérêts des Français qui habitent un sol étranger veut que la copie de cet acte soit remise au *procureur du roi* près le tribunal où sera portée la demande.

« C'est donc uniquement dans l'intérêt du défendeur que la loi a chargé le procureur du roi de recevoir la copie de l'assignation et de la faire passer à l'un des ministres qu'elle désigne. Ce magistrat est donc, à vrai dire, le représentant, le mandataire légal de l'assigné, auquel la copie est valablement remise, sauf à lui à remplir ultérieurement les obligations qu'elle lui impose. Tous les principes ci-dessus rappelés, concernant le mandat, trouvent donc ici leur application, et par conséquent c'est l'assigné qui doit supporter les effets de la négligence de ce mandataire que la loi lui nomme. Le demandeur a rempli tout ce qu'elle exige de lui, lorsqu'il a remis la copie à ce fonctionnaire qui représente la partie qui était appelée en justice. Il en est de ce cas comme de celui où la copie a été remise au domicile d'une partie présente en France.

« Mais dira-t-on qu'un pareil mandataire ne présente aucune garantie des suites de sa négligence?

« On sait qu'il est de principe que *toute omission* ou violation de forme commise par un fonctionnaire public proprement dit, agissant pour une partie, emporte aussi bien nullité que si elle eût été commise par la partie elle-même, et par suite cette partie souffre de sa faute, sauf son recours en dommages-intérêts contre le fonctionnaire dans les cas déterminés par la loi. C'est ce qu'enseigne M. PERRIN, dans son *Traité des Nullités*, chap. 3, sect. 7, p. 156, 157 et 158, en rapportant les termes mêmes du premier magistrat chargé de plaider près la Cour de cassation la cause de la loi et des principes.

« Or, de ce qu'il est prouvé, d'une part, que la personne pour laquelle un

fonctionnaire agit souffre de l'infraction qu'il peut commettre, de l'autre, que, dans l'espèce de l'art. 69, le procureur du roi agit pour le défendeur, et non pour le demandeur, il s'ensuit évidemment que c'est le premier qui doit souffrir du défaut d'envoi au ministère de la copie qui a été remise pour lui à ce magistrat. Il n'est pas plus fondé à faire supporter cette omission par le demandeur, que ne le seraient le prince et l'Etat à l'égard des nullités et des infractions que commettrait ce même magistrat dans les poursuites et défenses judiciaires dont il est chargé pour eux.

« Au surplus, l'art. 69 fournit lui-même une nouvelle preuve que la loi n'a pas entendu faire dépendre le sort d'une demande de la négligence du procureur du roi. Cet article dispose que ce magistrat visera l'original de l'exploit. S'il était nécessaire, comme on le prétend pour les appelants, que le demandeur justifiât de l'envoi de la copie au ministère, on demande qu'elle serait l'utilité de cette formalité, que la loi exige si rigoureusement. La preuve de cet envoi ne serait pas suffisante, puisqu'elle constaterait que l'huissier a rempli son devoir, et, si la loi avait voulu que le demandeur fît cette preuve, n'eût-elle pas indiqué un acte quelconque à produire dans un délai afin de la fournir ?

« On termine, sur ce point, en rappelant que tous les principes que l'on vient d'exposer ont été consacrés, ainsi que leurs conséquences, par l'arrêt de la Cour suprême du 11 mars 1817, rapporté par SIREY, t. 18, p. 70 : il décide formellement « que la signification faite à un individu établi chez l'étranger, en la personne du procureur du roi, ne peut être déclarée nulle par cela seul que le procureur du roi aurait négligé d'adresser la copie au ministre des affaires étrangères, comme l'exige l'art. 69 du Code de procédure; » et le motif de cette décision consiste précisément dans l'énonciation du principe que l'on a démontré que *l'obligation est imposée par la loi au procureur du roi, et non à la partie, qui ne peut répondre des faits ou de l'omission de ce fonctionnaire.*

« Pour écarter l'application de cette décision, les appelants essaient d'établir que les circonstances de la cause étaient de nature à favoriser le système du demandeur, comme s'il était possible de supposer, lorsqu'il s'agit de prononcer *en pur point de droit*, que le magistrat ait pu se permettre, par considération pour la position des parties, d'énoncer, comme un principe certain, une erreur de droit évidente. Une pareille supposition serait sans contredit injurieuse à la magistrature, elle le serait surtout à la Cour *régulatrice*, chargée de maintenir la stricte exécution de la loi, et de corriger toutes les erreurs judiciaires commises dans son application.

« On convient que, quelque imposante que soit l'autorité d'une décision par laquelle la Cour suprême consacre un principe qui avait été reconnu, tant en premier qu'*en second degré de juridiction*, néanmoins un tribunal ne serait pas obligé de s'y conformer, si la fausseté de ce principe lui était démontrée; mais les appelants sont loin de fournir cette démonstration.

« Ils s'appuient sur la disposition de l'art. 70 du Code de procédure, ainsi conçue : *Ce qui est prescrit par les art.* 68 *et* 69 *sera observé à peine de nullité*, et ils en concluent, 1° que le demandeur doit s'imputer de n'avoir pas prévenu, par sa surveillance, l'omission du procureur du roi; 2° que le défendeur qui n'a pas eu connaissance de l'assignation n'a pas été légalement assigné.

« On doit faire observer tout d'abord que l'art. 70 ne comprend point, dans la nullité qu'il prononce, l'omission de l'obligation prescrite au procureur du roi par l'art. 69 : il ne peut recevoir d'application qu'aux *formalités* que cet art. et le 68e prescrivent pour la remise de l'exploit; c'est ce qu'exprime le rapporteur du tribunat : « Ces *formalités*, dit-il, sont encore prescrites à peine de nullité; si elles n'ont pas été remplies, il n'est pas *constaté légalement* que

l'acte soit connu des parties intéressées. » Or bien certainement l'envoi à faire par le procureur du roi n'est point une *formalité* de l'exploit d'assignation.

« D'un autre côté, on sait que, dans l'application des lois, on doit plutôt consulter leur esprit que les termes dans lesquels elles sont conçues : or, on ne peut pas supposer que le législateur ait entendu déroger, par l'art. 70, au principe certain que l'on ne répond point du fait d'une personne étrangère, encore moins de la négligence d'un mandataire établi dans l'intérêt d'un tiers.

« Ainsi sont détruites les deux objections des appelants; il est démontré, 1° qu'on ne peut reprocher au demandeur de n'avoir point veillé à l'accomplissement de l'obligation prescrite au procureur du roi, *mandataire de la partie adverse*, et duquel d'ailleurs aucune loi ne permet au demandeur de surveiller la conduite; 2° que, si le défendeur n'a pas eu connaissance de l'assignation, il ne peut en accuser que le représentant que lui a donné la loi, et non le demandeur qui a fait tout ce qu'elle lui prescrivait. »]]

375. *La peine de nullité et les réparations accessoires qu'y attache l'art.* 71, *sont-elles les seules peines qui seraient encourues, dans le cas où l'huissier eût fait porter, par un clerc ou par un commissionnaire, un exploit dans lequel il n'en eût pas moins énoncé l'avoir signifié lui-même?*

L'huissier encourt la peine du faux; car, on ne saurait trop le répéter, il se rend coupable du crime prévu par l'art. 146 du Code pénal. La circonstance que les huissiers d'un même arrondissement fussent dans l'usage d'agir de la sorte, la certitude qu'il n'y aurait pas de mauvaise intention, pourraient, à la vérité, modifier la *criminalité* du faux, et être prises en considération dans les débats relatifs à l'arrêt sur le fond; mais elles ne sauraient empêcher l'action de la justice.

Au reste, un usage aussi abusif doit cesser; et, après les nombreux arrêts qui ont décidé de la sorte, il ne resterait plus d'excuse aux huissiers, avertis qu'ils commettent un crime en ne posant pas eux-mêmes leurs exploits. (*V.* entre autres l'arrêt de la Cour de cassation du 21 juillet 1810; *J. Av.* t. 14, p. 557, 4e espèce.)

[[On trouve encore dans le même sens les arrêts des 9 nivôse an XII, 16 janv., 22 mai 1806 (*J. Av.*, t. 14, p. 555), et 7 août 1828 (*J. Av.*, t. 35, p. 383), et l'opinion conforme de MM. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 192; BERRIAT-SAINT-PRIX, p. 78, n° 43; DEMIAU-CROUZILHAC, p. 63, 3e alinéa, FAVARD DE LANGLADE, t. 1, p. 138, et v° *Huissier*, n° 10; MERLIN, *Rép.*, t. 5, p. 31 et 749; THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 171; BONCENNE, t. 2, p. 190, et BOITARD, t. 1, p. 274.

Les huissiers ont seuls caractère pour la remise des exploits. S'ils chargent un tiers sans qualité de l'opérer, l'exploit n'inspire plus de confiance, il se trouve vicié dans sa partie la plus substantielle. On sent d'ailleurs que la dignité des fonctions qu'ils remplissent et l'authenticité qu'ils sont en possession d'attacher à leurs actes leur imposent le devoir de n'y insérer que l'expression de la vérité. *Voir* sur la question de faux *suprà*, la *Quest.* 369 et la note.]]
Supp. alph., v° *Exploit*, n. 104 et 105.

ART. 71. Si un exploit est déclaré nul par le fait de l'huissier, il pourra être condamné aux frais de l'exploit et de la procédure annulée, sans préjudice des dommages et intérêts de la partie, suivant les circonstances.

Tarif. 78. — [Notre Comm. du Tarif, t. 1, p. 115, n° 46, et p. 120, n°s 59 et 60.] — *Infrà*, art. 181, 242 609, 788, 826, 1031. — [Notre Dict. gén. de Proc., v°s *Appel*, n° 402; *Exploit*, n°s 19, 21 *bis*, 21 *ter* *Huissier*, n°s 130 à 140, 145, 148 à 151, 153, 155, 159, 160, 167, 169, 170 et 173. — Devilleneuve, v° *Huissier*, § 3, n°s 19 à 41 *bis*. — ARM. DALLOZ, *eod.*, n°s 281 à 284. — Locré, t. 21, p. 528 n° 19 et

p. 568, n° 31. — QUESTIONS TRAITÉES : Le défendeur qui aurait à réclamer des dommages intérêts à raison de l'exploit notifié à requête du demandeur, a-t-il action contre ce dernier? *Q.* 376. — De ce que l'art. 71 porte que l'huissier *pourra* être condamné aux frais de l'exploit nul par son fait, en résulte-t-il que le juge ne soit pas tenu rigoureusement de prononcer contre lui cette condamnation? *Q.* 377. — L'huissier est-il également passible des frais occasionnés par un acte inutile à la cause? *Q.* 377 *bis*.]

LX. La disposition de l'art. 71 est fondée sur le préjudice que l'huissier peut faire à la partie en n'observant pas les formes que la loi prescrit. Par exemple, le Code civil dit que la citation en justice interrompt la prescription, et il ajoute que, si l'assignation est nulle par défaut de forme, l'interruption est réputée non avenue. Si donc, avant que l'exploit pût être recommencé, la prescription se trouvait encourue, le mal serait sans remède. Tel serait aussi le résultat d'un exploit d'appel qui serait déclaré nul, si les délais pour interjeter un nouveau pourvoi étaient expirés, etc.

376. *Le défendeur qui aurait à réclamer des dommages-intérêts, à raison de l'exploit notifié à la requête du demandeur, a-t-il action contre ce dernier?*

Il a sans doute une action directe contre l'huissier. C'est une conséquence de l'art. 1382 du Code civil; mais, d'après la maxime : *factum procuratoris, factum partis*, il a également action contre le demandeur, sauf le recours de celui-ci vers l'huissier dont il doit s'imputer d'avoir employé le ministère. (BERRIAT, p. 81, not. 58.)

[[C'est ce qu'ont jugé, avec raison, les Cours de Bruxelles, les 2 juin 1806 (*J. Av.*, t. 20, p. 85), 10 mars 1808 (*J. Av.*, t. 13, p. 85, et *J. P.*, 3e éd., t. 6, p. 555), et de Colmar, le 7 juill. 1809 (*J. Av.*, t. 19, p. 421).]]

377. *De ce que l'art. 71 porte que l'huissier pourra être condamné aux frais de l'exploit nul par son fait, en résulte-t-il que le juge ne soit pas dans l'obligation rigoureuse de prononcer contre lui cette condamnation?*

L'art. 1031, rapproché de l'art. 71, nous semble prouver que, dans cette hypothèse, le juge est tenu de prononcer la condamnation. Cet article s'explique en effet en termes positifs; il renferme une disposition générale, d'après laquelle celle de l'art. 71 doit être interprétée. Mais ne perdons pas de vue qu'il faut que la nullité provienne du *fait personnel* de l'huissier. Ainsi, par exemple, s'il avait, sur l'indication du demandeur, indiqué un domicile qui ne serait pas celui de cette partie, l'exploit serait nul à la vérité; mais l'huissier ne serait pas condamné aux frais, puisque cette indication erronée ne saurait lui être personnellement imputée.

[[Il est deux objets distincts, à raison desquels l'art. 71 et l'art. 1031 accordent recours à la partie contre un huissier qui, par son fait, a commis une nullité dans une notification ou tout autre acte de son ministère : 1° les frais de l'acte ou de la procédure annulée; 2° les dommages-intérêts qui peuvent en résulter.

Pour le premier de ces objets, nous croyons qu'il ne peut jamais se soustraire à la condamnation, quelque facultatif que soit le caractère des termes dont se sert l'art. 71; car ils doivent être expliqués et commentés par ceux de l'art. 1031, qui ne laissent aucune part à l'indulgence, et qui déclarent positivement que les procédures et les actes nuls seront à la charge des officiers ministériels qui les auront faits. C'est l'avis de MM. BONCENNE, t. 2, p. 241, et BOITARD, t. 1, p. 307.

A l'égard des dommages-intérêts, quoique l'on puisse invoquer, pour démontrer aussi l'obligation de les prononcer en principe, les dispositions des art. 1832 et 1992 du Code civil, et surtout cette considération que, mandataire

et mandataire salarié, l'huissier est encore mandataire privilégié (*V.* M. BOITARD, t. I, p. 311), les tribunaux se montrent faciles à le décharger de cette obligation, et l'on ne peut disconvenir que les expressions des deux articles qui nous occupent ne soient favorables à leur jurisprudence.

Ce mot POURRA, dit M. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 200, laisse au juge le droit de consulter les circonstances, et de ne pas condamner l'huissier; si donc elles sont telles qu'elles rendent l'huissier excusable, ou que la condamnation ruinerait cet officier, le juge peut ne pas le condamner, ou ne prononcer qu'une condamnation balancée d'après la nature de la faute et la fortune de l'huissier. »

La Cour de Poitiers a même cru, le 24 août 1834 (*J. Av.*, t. 48, p. 296), pouvoir prendre en considération la bonne foi de l'huissier, son zèle habituel dans l'exercice de ses fonctions, et ce que le texte de la loi à expliquer pouvait présenter de difficulté; la Cour de Riom s'est également appuyée de cette dernière circonstance, le 21 septembre 1821 (*J. Av.*, t. 23, p. 310).

Mais que doit-on entendre par nullité provenant du fait de l'huissier? Quelles sont celles dont il pourra faire retomber la faute sur autrui?

D'abord, il est hors de doute, comme le fait remarquer M. Carré, et, après lui, MM. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 200, et BOITARD, t. 1, p. 306, que, si les nullités résultent de fausses désignations que, sur les renseignements inexacts de la partie ou de son avoué, l'huissier a insérées dans l'exploit, ce n'est pas là son fait, sa responsabilité est à couvert; c'est ce qu'ont jugé les Cours de cassation, le 28 octobre 1811 (*J. Av.*, t 3, p 153), et le 29 août 1832 (*J. Av.*, t. 45, p. 515), et de Toulouse, le 8 mai 1830 (*J. Av.*, t. 41, p. 425).

Mais, quant à l'omission d'une des formalités que la loi prescrit, soit dans la rédaction, soit dans la remise de l'exploit, elle ne peut retomber que sur celui qui en est légalement l'auteur, c'est-à-dire sur l'huissier que son ministère charge de leur accomplissement.

La Cour de Rennes a proclamé cette vérité, le 8 décembre 1813 (*J. Av.*, t. 14, p. 605), et il a été particulièrement appliqué par divers arrêts, savoir :

A la nullité résultant de ce que la copie a été remise au maire sans aucune mention de la présentation à un voisin; Rouen, 1er août 1810 (*J. Av.*, t. 13, p. 100);

A l'omission ou à l'insuffisance de la date; Colmar, 28 juillet 1812 (*J. Av.* t. 14, p. 605), et Metz, 18 juin 1819 (*J. Av.*, t. 3, p. 295); néanmoins, la Cour de Rennes, le 20 février 1828 (*J. Av.*, t. 34, p. 197), a, par une indulgence peu concevable, dispensé de tous dommages-intérêts l'huissier qui avait commis cette faute;

A l'omission de l'indication du délai; Bruxelles, 16 mars 1831 (*J. Av.*, t. 46, p. 240);

A celle du *parlant à;* Paris, 22 septembre 1809; Bruxelles, 11 novembre 1811 (*J. Av.*, t. 13, p. 143); Colmar, 23 avril 1807; Grenoble, 7 août 1822 (*J. Av.*, t. 13, p. 92);

A celle de la signature; Poitiers, 13 août 1819 (*J. Av.*, t. 13, p. 269);

A celle du domicile réel du demandeur; Poitiers, 21 mai 1834 (*J. Av.*, t. 5', p. 436);

A la nullité résultant du défaut de qualité de l'huissier; Grenoble, 14 avril 1818 (*J. Av.*, t. 14, p. 622).

On a prétendu que, lorsque la rédaction de l'acte est faite par un autre que par l'huissier, par exemple, par l'avoué qui le charge, les nullités dont cette rédaction est viciée ne pouvant lui être imputées, il n'est pas responsable. C'est l'avis émis par MM. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 200, et DEMIAU-CROUZILHAC, p. 69, et consacré par un arrêt de la Cour de Caen du 27 mars 1813 (*J. Av.*, t. 14, p. 587.)

Nous ne pouvons embrasser une pareille doctrine. Autant vaudrait, suivant nous, dire que le clerc rédacteur est responsable vis-à-vis de la partie, et que l'huissier ou l'avoué qui se sont confiés à lui, n'encourent aucune responsabilité. L'huissier est légalement l'auteur de l'exploit; c'est lui qui doit veiller à ce qu'aucune des formalités nécessaires n'y soit omise. Qu'importe qu'un rédacteur officieux ait tenu la plume à sa place? Ce ne peut être, ce ne doit être que sous sa surveillance; la partie n'a rien à démêler avec cet étranger.

Aussi, semblable exception a-t-elle été, à bon droit, repoussée par la Cour de cassation, le 21 février 1821 (*J. Av.*, t. 23, p. 55), et par les Cours de Besançon, le 24 juin 1826 (*J. Av.* t. 33, p. 255), et de Grenoble, le 14 décembre 1832 (*J. Av.*, t. 45, p. 473).

Mais, nous l'avouons, il est des nullités qui ne tiennent pas à la rédaction de l'exploit, qui ont leur source en dehors de l'exploit. De celles-ci l'huissier n'en est pas responsable; les dommages-intérêts et les frais doivent retomber sur l'avoué qui lui a mal, ou mal à propos, donné la commission.

Ainsi, on le charge de signifier un acte d'appel, soit avant l'expiration de la huitaine, soit après les trois mois de la signification : ceci ne tient pas à la régularité intrinsèque de l'exploit, mais à la marche de la procédure qu'il n'est pas chargé de diriger. Cette nullité ne lui sera pas imputée; Aix, 17 juin 1828 (*J. Av.*, t. 35, p. 265).

Ainsi, encore, dans une purge d'hypothèques à la suite d'acquisition, il reçoit mission de faire la notification aux créanciers inscrits : l'original et la copie lui sont remis rédigés. Il lui appartenait de vérifier si l'exploit était conforme aux prescriptions de la loi en ce qui concerne les formalités, et de le signifier régulièrement; mais non d'examiner s'il était adressé à tous les créanciers inscrits, ou à tous les héritiers de ceux-ci : l'avoué chargé de la purge par l'acquereur était seul responsable de ce point; Metz, 31 mars 1821 (*J. Av.*, t. 23, p. 119.)

En un mot, à l'huissier la responsabilité de ce qui regarde taxativement l'exploit : à l'avoué, la responsabilité de ce qui tient à la direction de la procédure. Néanmoins, lorsqu'il s'agit de l'exécution des jugements, l'huissier qui est préposé par la loi à cette exécution, doit, sous sa responsabilité personnelle, remplir toutes les formalités qu'elle exige; Cass., 3 février 1826 (*J. Av.*, t. 31, p. 140).

Il est bien entendu que l'huissier n'est sujet à la garantie, pour une nullité par lui commise, que tout autant qu'elle a été prononcée par les tribunaux sur les conclusions de celui à qui l'exploit a été notifié, et que la partie pour qui il a instrumenté ne pourrait, se rendant juge d'une nullité qui ne lui a pas encore été opposée, assigner d'avance l'huissier pour en répondre.

C'est ce qu'enseigne M. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 200, et ce qui a été jugé par la Cour de Poitiers, le 2 fév. 1825 (*J. Av.*, t. 28, p. 237), dans une cause où, l'huissier ayant fait un protêt qui fut soupçonné nul par le porteur, celui-ci négligea, à cause de cette nullité, de le dénoncer aux endosseurs dans le délai, et actionna l'huissier en garantie. L'huissier répondit que le porteur aurait dû faire les diligences nécessaires, et que, si, la nullité lui étant opposée, ces diligences eussent été infructueuses, alors seulement le recours en garantie eût commencé à avoir un fondement. Cette défense devait être accueillie, elle le fut.

A ce sujet, on demande si un protêt nul rend l'huissier responsable tant vis-à-vis du porteur, duquel seul il tient son mandat, que vis-à-vis des endosseurs qui ont remboursé sans opposer la nullité.

Nous n'hésitons pas à décider la négative qui a été consacrée par deux arrêts de la Cour de cassation, en date des 29 août 1832 (*J. Av.*, t. 45, p. 515), et

17 juill 1837 (*J. Av.*, t. 53, p. 415), ce dernier est un arrêt de *cassation;* le pourvoi avait été dirigé contre une décision de la Cour de Paris du 15 janv. 1834 (*J. Av.*, t. 46. p. 378).

Ces arrêts se fondent, avec raison, sur ce qu'un mandataire n'est responsable que vis-à-vis de son mandant, et que, d'ailleurs, en remboursant l'effet de commerce sans opposer la nullité du protêt, l'endosseur est censé en reconnaître la régularité, ou du moins renoncer à s'en prévaloir.

On opposerait en vain un troisième arrêt de la Cour suprême du 9 mars 1837 (*J. Av.*, t. 52, p. 362), qui condamne un huissier à relever et garantir un endosseur qui avait remboursé le porteur. Il ne s'agissait pas, dans cette espèce, de la nullité d'un protêt : le protêt avait été régulier, et, par conséquent, les endosseurs demeuraient légalement débiteurs. Mais l'huissier, en formant opposition sur une somme due au débiteur, avait élu domicile en son étude. Par là, il s'était constitué mandataire du porteur à l'effet de lui transmettre toutes les significations qu'il pourrait recevoir pour son compte. Une distribution par contribution fut ouverte, l'opposant y fut appelé par exploit au domicile de son huissier ; cet exploit ne fut pas transmis, la production n'eut pas lieu, alors l'endosseur qui avait payé recourut contre l'huissier : il devait obtenir sa garantie, car l'endosseur n'avait pu, comme dans le cas d'un protêt nul, se dispenser de payer : en payant, il n'était donc pas censé renoncer à ses droits. Mais quels étaient ses droits? aux termes du § 3 de l'art. 1251, la subrogation s'opère au profit de celui qui, étant tenu avec d'autres ou pour d'autres au paiement de la dette, avait intérêt de l'acquitter. Ainsi, l'endosseur était subrogé aux droits de celui qu'il remboursait. Celui-ci avait un recours contre l'huissier, comme ayant mal rempli son mandat; ce recours devait appartenir aussi à l'endosseur.

Mais il ne doit pas en être de même en faveur de l'endosseur qui a remboursé malgré un protêt nul, parce qu'alors, n'étant pas *tenu* de la dette, il ne rentre pas dans les conditions du § 3 de l'art. 1251.

Nous terminerons nos observations sur cette matière, en rappelant un arrêt de la Cour de Nanci du 29 janv. 1831 (*J. Av.*, t. 40, p. 216), qui a jugé que l'huissier qui a négligé de remplir la commission qu'on lui avait donnée ou qui l'a mal remplie, peut, pour éviter une condamnation à des dommages-intérêts, être admis à prouver l'insolvabilité de la personne contre laquelle il devait agir.

Cette proposition nous semble néanmoins trop générale. Elle ne devra pas, suivant nous, s'étendre aux actes dont l'huissier aurait été chargé pour éviter une déchéance, tels que l'exécution d'un jugement par défaut, la signification d'un appel, etc.; car, alors même qu'il serait prouvé, et que la partie conviendrait que le poursuivi est insolvable, comme son état de fortune peut changer, il importe toujours de conserver ses droits pour l'avenir: l'huissier sera toujours responsable de la déchéance qu'il aura laissé encourir.

La décision de la Cour de Nanci ne s'appliquera donc qu'aux actes qui n'ont de valeur que pour le présent, et dont l'omission ne peut pas compromettre l'avenir.]] **Supp. alph.**, v° *Exploit*, n. 223 et suiv.

[[**377** bis. *L'huissier est-il également tenu des frais occasionnés par un acte inutile à la cause?*

On a avancé l'affirmative, mais cette opinion est par trop injuste et ne soutient pas l'examen; en effet, le ministère de l'huissier est forcé, comme chacun sait, et cet officier n'est pas le maître de refuser de faire un exploit, une signification, etc., etc. Comment comprendre dès lors qu'il puisse être responsable de l'inutilité de l'acte? la loi n'a rien dit, ni rien pu dire de semblable

Qu'un exploit inutile soit rejeté de la taxe, cela est juste sans doute, mais ce n'est pas l'huissier qui doit en souffrir; les frais ne peuvent être à la charge que de la partie qui a fait faire l'acte reputé frustratoire. C'est bien assez que l'huissier reponde de la nullité de ses actes, sans être responsable encore de leur inutilité.]]

ART. 72. Le délai ordinaire des ajournements, pour ceux qui sont domiciliés en France, sera de huitaine (1).

Dans les cas qui requerront célérité, le président pourra, par ordonnance rendue sur requête, permettre d'assigner à bref délai.

Tarif, 77. — [Notre Comment. du Tarif, t. 1, p. 71 et 72. nos 25 à 34.] — Ordonn. de 1667. tit. 3, art. 1 et 2 — C. de pr., art. 349, 1033. — *Infrà*, sur l'art. 457. — [Notre Dict. gén. de Proc., vs *Appel*, nos 13 42 à 48; *Exploit*, nos 181, 354 à 357, 360 à 369. — Devilleneuve, v° *Ajournement*, nos 15 à 30. — Arm. Dalloz, v° *Exploit*, nos 736 à 747. — Carré, *Comp.*, 2e part., liv. III, tit. 2, chap. 2, sect 2, ed. in-8°, t 6, p. 317. et tit. 3, chap. 2, art. 359, *Q.* 464, t. 6, p. 427. à la note — Locré, t. 21, p. 405, n° 46, et p. 569, n° 32. — QUESTIONS TRAITÉES: L'ordonnance du président portant permission d'assigner à bref délai peut-elle être annulée par la Cour ou le tribunal? *Q.* 378. — Lorsque le président accorde permission d'assigner à bref délai, doit-il indiquer le jour de la comparution ou du moins déterminer le nombre de jours auquel il restreint le delai ordinaire? *Q.* 378 *bis*. — Le délai fixé par le président est-il susceptible de l'augmentation à raison des distances? *Q.* 378 *ter*. — Les demandes provisoires sont-elles seules susceptibles d'être engagées à bref délai? quand peut-on engager les demandes provisoires? *Q.* 378 *quater*. — L'assignation à bref délai doit-elle être faite par un huissier-commis, et contenir copie de l'ordonnance de permission? *Q.* 378 *quinquies*. — La faculté donnée au président d'abréger les délais s'applique-t-elle même à ceux qui sont fixés par l'art. 73? *Q.* 378 *sexies*.] (2)

LXI. L'art. 72 fixe le délai ordinaire, autrement le délai *général* dans lequel le défendeur doit comparaître sur l'ajournement qui lui a été notifié. Toutes les fois donc que la loi n'a pas, en termes formels, indiqué un délai plus bref ou plus long, c'est celui de huitaine qui doit être observé; mais il est à remarquer 1° que, par une disposition commune à toute espèce de citation en justice, l'art. 1033 déclare ce délai franc, et l'augmente d'un jour à raison de trois myriamètres (six lieues anciennes) de distance; dispositions que contenait aussi l'ordonnance de 1667. Ce même delai général s'applique à tous les habitants de la France continentale, tant français qu'étrangers, mais dans les cas qui requièrent *célérité*, et parmi lesquels se placent nécessairement les cas ou matières provisoires, l'article laisse à l'arbitrage absolu du président la faculté de l'abréger (*V.* aussi l'art. 808); et il devient nécessaire alors qu'en assignant le défendeur à bref délai, le demandeur lui fasse signifier, avec l'exploit, copie de la requête et de l'ordonnance. Le premier aura nécessairement ensuite, lorsqu'il se présentera sur cette assignation, la faculté de demander une prorogation, si le délai avait été fixé à un terme trop rapproché.

378. *L'ordonnance du président, portant permission d'assigner à bref délai, peut-elle être annulée par la Cour ou le tribunal?*

Oui, si l'on s'en rapporte à un arrêt de la Cour de Rome du 2 mai 1811 (*S.*, t. 11, 2e part., p. 298, et *J. Av.*, t. 13, p. 165).

---

(1) *V.* notre introduction, au titre des délais de procédures.

(2) **JURISPRUDENCE.**

[Nous pensons que :

Le président d'un tribunal de première instance peut accorder, sur requête, permission d'assigner à bref délai devant son tribunal, quoique celui-ci soit incompétent, parce qu'il n'est pas juge de ce point de droit. (Bordeaux, 16 janv. 1828, *J. Av.*, t. 35, p. 90), sauf au tribunal à rejet demande.]

Mais nous ne pensons pas que l'on doive suivre la décision de cet arrêt, puisque l'art. 72 n'accorde pas, même implicitement, au tribunal, la faculté de réformer, en ce cas, l'ordonnance du président; réformation qui, suivant l'arrêt, entraînerait celle de l'assignation qui s'en est suivie. Si la partie défenderesse justifie au tribunal qu'il n'y avait pas lieu à l'assigner à bref délai, elle peut demander et obtenir que les frais de la requête ne passeront pas en taxe; si elle prouve qu'elle avait besoin du délai légal pour réunir ses pièces et proposer ses défenses, elle peut obtenir un renvoi, mais nous ne saurions trouver aucune raison fondée en droit, pour annuler l'assignation elle-même, et obliger le défendeur à citer de nouveau. (*V.* DENEVERS, 1817, 2e part., p. 145.)

« Nous pensons aussi que l'ordonnance du président est irréfragable, n'est susceptible d'aucune voie de recours, et qu'il en est de même de tous les jugements et ordonnances, qui, dans les cas nombreux prévus par le Code de procédure, sont rendus par un magistrat ou par le tribunal, sur la simple requête d'une partie, sans que l'autre doive y être appelée

Le principal argument sur lequel s'appuie l'opinion contraire, est pris de cette règle de souveraine équité qui réserve la voie de l'opposition à tout condamné par défaut.

Mais, dans les diverses espèces que nous supposons, il n'y a ni condamné, ni jugement de défaut.

Il n'y a point de condamné, puisqu'il n'y a pas eu contestation; il n'y a pas de jugement par défaut, puisque les seules parties qui devaient y figurer ont été ouïes.

Ceci nous amène à une observation qui jettera, nous l'espérons, beaucoup de lumière sur la difficulté.

Il est facile de distinguer, dans le Code de procédure, la part que le législateur a faite à la juridiction contentieuse et à la juridiction gracieuse.

Nous appelons *juridiction contentieuse* celle qui a pour mission de décider entre les prétentions rivales de deux parties que la loi met en présence.

Juridiction gracieuse, celle qui prononce sur les demandes d'une partie, que la loi autorise à se présenter seule, sans appeler l'adversaire qui pourrait avoir quelqu'intérêt à la contredire.

Dans le premier cas il y a procès, et la loi reconnaît trois personnes, le demandeur, le défendeur, le juge; dans le second, il n'y a que requête, et la loi ne reconnaît qu'un solliciteur d'une part, de l'autre un pouvoir qui accorde ou refuse.

Dans le premier cas, le droit de la défense est érigé en principe; dans le second, il est fait à ce droit une exception formelle.

Dans le premier cas, l'opposition appartient à la partie qui ne s'est pas défendue, parce que la loi l'appelait à se défendre, en ordonnant qu'elle fût assignée; dans le second, ce recours serait en contradiction avec l'esprit de la loi, puisque, donnant au demandeur la voie de la requête, et le dispensant d'appeler son adversaire, elle déclarait suffisamment ne pas vouloir que celui-ci vînt se défendre.

Si donc vous lui accordez la voie de l'opposition, sous prétexte qu'il ne s'est pas défendu, ou qu'il n'a pu se défendre, c'est déclarer nécessaire une défense que la loi déclare inutile, c'est corriger la loi, quand il vous serait tout au plus permis de la critiquer.

Je dis que vous corrigez la loi; car vous renversez le principe qui a dicté son système. Quelle incohérence n'y aurait-il pas en effet, quel défaut d'harmonie entre deux dispositions, écrites ou sous-entendues, dont l'une autoriserait à ne pas appeler la partie, et l'autre lui permettrait de revenir par opposition?

Si la défense est utile, il ne faut pas la repousser d'abord pour l'accueillir ensuite; il ne faut pas laisser prendre, comme de guet-apens, des avantages contre lesquels toute voie de recours, même légale, pourra trop souvent être illusoire et sans effet; la raison et la justice disent ensemble qu'il est absurde et inique de souffrir que les droits d'une partie soient compromis, sauf à obtenir plus tard une réparation : *melius est intacta jura servare, quam post vulneratam causam remedium quærere.*

Elle serait donc absurde la législation qui aurait organisé un pareil système.

Or, la première partie de ce système, celle qui consiste à repousser d'abord la défense, ne peut être révoquée en doute : elle est écrite en toutes lettres à chaque page du Code.

Après cela, on peut choisir : ou rendre la loi complice d'une absurdité, en déclarant qu'elle admet l'opposition, ou une voie de recours quelconque, (car les mêmes raisons sont applicables); ou la mettre d'accord avec elle-même, en reconnaissant qu'elle les refuse.

En deux mots, si l'on peut se pourvoir par requête sans appeler sa partie adverse, c'est parce que la loi dit que celle-ci n'a point d'intérêt à s'opposer à la sentence; pourrait-elle dire qu'elle en a un à la faire réformer?

Mais ce principe, objectera-t-on, n'est pas exact; il peut se faire, et il arrive souvent que l'ordonnance ou le jugement rendu sur requête, portent quelque préjudice à la partie qui n'y a pas été appelée. dès lors on ne peut nier qu'elle avait intérêt à se défendre.

C'est encore faire le procès à la loi, qui suppose que cet intérêt n'existe pas, ou qui, du moins, le regarde comme de si peu d'importance quelle n'hésite pas à le sacrifier à des motifs d'intérêt général.

Au surplus, il n'est pas difficile de démontrer qu'elle a raison d'agir ainsi.

L'ordonnance ou le jugement sur pied de requête ne compromettent jamais d'une manière grave, les intérêts de ceux qui n'y ont pas été parties. Ce sont de simples mesures préparatoires, d'ordre, d'instruction, qui laissent toujours intact le fond du droit, et qui se bornent à accélérer, à diriger le cours de la procédure. Ainsi l'ordonnance qui permet d'assigner à bref délai, ne préjuge rien sur le fond de la cause, ne compromet pas le droit de la défense.

Le jugement qui ordonne un interrogatoire sur faits et articles laisse également à la défense toute sa latitude.

L'ordonnance qui envoie en possession d'une hérédité le légataire universel n'empêche pas les héritiers du sang d'attaquer le testament.

Celle qui permet de saisir-arrêter n'ôte pas au débiteur saisi le droit de contester la dette, au tiers-saisi celui de faire une déclaration négative.

Les ordonnances que rend un juge-commissaire pour fixer le jour de l'ouverture d'une enquête, d'un ordre, ne privent pas la partie adverse de celle qui les a obtenues d'exercer, dans cette enquête ou dans cet ordre, ses droits comme elle l'entendra.

On pourrait encore citer un grand nombre d'exemples du même genre.

Il est vrai qu'en abrégeant les délais, on diminue le temps ordinairement accordé par la loi pour préparer la défense; qu'en ordonnant l'interrogatoire d'une partie sans l'entendre, on lui interdit de discuter la pertinence des faits; qu'en envoyant le légataire en possession, on lui confère certains avantages de position que l'on fait perdre aux héritiers; qu'en permettant de saisir-arrêter, on suspend le paiement d'une créance; qu'en fixant le jour de l'ouverture d'une enquête ou d'un ordre, on peut ne pas favoriser les calculs de telle ou telle partie intéressée.

Mais ces inconvénients accessoires, qui ne tiennent qu'à la forme, aux préliminaires, à l'extérieur, sont amplement compensés par les avantages d'un autre ordre qui résultent de ces mesures ; et voilà pourquoi la loi les regarde comme n'existant pas.

L'ordonnance à bref délai met à couvert des droits importants que le moindre retard ferait périr ; le jugement d'interrogatoire favorise la découverte de la vérité, en empêchant le défendeur de discuter d'avance les faits sur lesquels il doit répondre ; l'envoi en possession fait cesser les inconvénients qui résultent de l'incertitude de cette même possession ; la saisie-arrêt empêche les fraudes qui pourraient dépouiller un créancier ; en matière d'enquête, d'ordre, le juge-commissaire a besoin d'un pouvoir discrétionnaire pour faire rapidement marcher la procédure.

Ainsi c'est toujours un motif de célérité, d'urgence ou de précaution, qui explique et justifie l'attribution de la *juridiction gracieuse.*

Et maintenant, nous demanderons si ce serait bien entrer dans l'esprit et dans l'intention de la loi, que de changer le caractère de cette juridiction, après qu'elle s'est exercée ; de la rendre contentieuse, en attaquant ses actes volontaires et non judiciaires, par une opposition, un appel ?

Quoi ! la loi n'a pas voulu d'un procès, et vous allez en créer un !

Elle n'a pas voulu du procès le plus simple de tous, qui consiste à appeler, dès le début, son adversaire devant le juge, et vous allez en créer un que viendra compliquer la procédure d'un appel ou d'une opposition !

Quoi, il s'agit de savoir si on assignera à bref délai, et vous voulez soumettre la décision de cette question préalable à des contestations, à des recours, à d'interminables délais ! Mais alors, le délai ordinaire de la loi serait bien préférable et plus expéditif, et le mot de bref délai n'aurait été introduit que pour cacher une espèce de mystification.

Il s'agit d'obtenir, de la bouche d'un plaideur, la vérité sur des faits qu'il n'aura pu trop longtemps méditer d'avance, de peur qu'il ne concerte frauduleusement ses réponses, et vous commencerez par lui permettre de discuter longtemps la pertinence de ces faits, de s'opposer au jugement qui les détermine !

En agissant ainsi, n'atteindriez-vous pas, dans les deux cas, et dans tous ceux qu'on pourrait encore rappeler, le but diamétralement contraire à celui que s'est proposé le législateur ?

Cette dernière conséquence, qu'il est impossible d'éviter, nous paraît achever la démonstration, justifier complétement notre distinction des deux *juridictions gracieuse* et *contentieuse*, et condamner le système de ceux qui admettent également les voies de recours contre les actes de l'une et de l'autre.

La jurisprudence et la doctrine ont surtout examiné la question sous le rapport de l'ordonnance qui permet d'assigner à bref délai, et de graves dissidences ont signalé leurs décisions.

Indépendamment de l'arrêt de la Cour de Rome, rapporté par M. Carré, les Cours de Toulouse, le 13 janv. 1823 (*J. Av.*, t. 25, p. 15), et de Bourges, le 20 déc. 1831 (*J. Av.*, t. 45, p. 537), ont déclaré qu'on pouvait se pourvoir d'abord par opposition, ensuite par appel ; mais la Cour de Bordeaux a jugé le 12 janvier 1833 (*J. Av.*, t. 45, p. 483), que la voie de l'opposition était seule admise ; elle avait consacré la même doctrine, le 16 août 1817 (*S.*, t. 18. 2e part., p. 58, et *J. Av.*, t. 19, p. 348), à l'égard de l'ordonnance portant permission de saisir-arrêter ; et la Cour de Bruxelles avait rendu une décision semblable, le 17 mars 1812 (*J. Av.*, t. 3, p. 363), relativement à l'ordonnance du président du tribunal de commerce, autorisant la saisie des meubles et effets du débi-

teur ; enfin, la Cour de Colmar, le 15 avril 1807 (*J. Av.*, t. 3, p. 108), a l'égard de tout jugement rendu sur requête non communiquée.

La Cour de Poitiers a jugé, à son tour, le 5 août 1830 (*J. Av.*, t. 39, p. 336), que la voie de l'appel était seule admissible contre l'ordonnance de bref délai.

Cette opinion repose sur l'analogie que la Cour a cru voir entre cette ordonnance et celles que rend le juge de référé, lesquelles, comme on le sait (art. 809) ne sont pas susceptibles d'opposition, mais peuvent être frappées d'appel : l'analogie n'existe pas ; car les ordonnances de référé sont rendues, parties appelées ; il n'en est pas de même de celle dont il s'agit dans l'art. 72.

Le 13 fév. 1839 (Journ. *le Droit* du 21) la Cour de cassation est tombée dans la même confusion, à propos d'une ordonnance du président, qui, sur la demande d'une partie, commettait un avoué à l'effet d'occuper pour elle.

Evidemment, un pareil acte appartient à la *juridiction gracieuse*, car il n'intéresse nullement l'adversaire de celui qui réclame un avoué. L'avoué désigné lui-même, n'a aucun intérêt à le faire réformer ; les scrupules et les répugnances qui pouvaient l'empêcher de prêter à une partie son ministère spontané, doivent disparaître devant l'ordonnance qui, rendant ce ministère obligatoire, lui en ôte la responsabilité.

Enfin si l'avoué pouvait, par un appel, retarder le moment où il sera forcé de faire les poursuites, les droits du client qu'on lui impose pourraient être compromis, et le but de la loi serait manqué.

Ainsi, tout en reconnaissant, avec M. le procureur général Dupin, qui porta la parole dans cette affaire, qu'une opposition ne peut être portée que devant le juge qui a rendu la sentence, d'où il suit qu'elle ne pourrait l'être devant le tribunal lorsqu'il s'agit d'une ordonnance du president, et que le tribunal ne pourrait non plus connaître de l'appel, parce qu'il n'est point juridiction supérieure à l'égard de son président, nous blâmons la décision de la Cour suprême, en ce qu'elle admet la possibilité de l'appel.

Ni appel, ni opposition, ni aucune voie de recours : ainsi l'ont jugé, toujours en matière d'ordonnance de bref délai, les Cours de Colmar, 17 avril 1817 (*J. Av.*, t. 7, p. 277), et 18 décembre 1827 (*J. Av.*, t. 37, p. 108) ; de Paris, 6 juillet 1830 (*J. Av.*, t. 39, p. 235) ; de Douai, 31 octobre 1835 (*J. Av.*, t. 50, p. 63), et 18 août 1836 (*J. Av.*, t. 52, p. 377).

La plupart des auteurs, néanmoins, adoptent le sentiment de la Cour de Rome. Ce sont MM. FAVARD DE LANGLADE, t. 1, p. 146 ; DELAPORTE, t. 1, p. 88 ; THOMINE DESMAZURES t. 1, p. 176 · BONCENNE, t. 2, p. 161, et BOITARD, t. 1, p. 314

M. Boncenne développe et soutient son opinion avec beaucoup de force ; nous le concevons d'autant moins, de la part de cet auteur, qu'il permet sans difficulté au demandeur, comme on l'a vu sous la *Quest.* 321, d'abréger, de sa propre autorité, les délais de l'assignation, sans que cette irrégularité puisse jamais, d'après lui, être une cause de nullité.

Et, ce qu'il pouvait faire de son propre mouvement, sans crainte de voir annuler son exploit, il ne le pourra plus lorsque le président, usant de sa prérogative légale, le lui aura permis ! Il sera exposé à voir attaquer l'ordonnance, l'assignation, et tomber toute sa procédure ! La contradiction est palpable.

Il est vrai que M. Boncenne, comme la Cour de Limoges, les 29 novembre 1832, et 4 janvier 1834 (*J. Av.*, t. 54, p. 96), s'appuie principalement sur la violation des règles qui prescrivent l'essai de conciliation, règles que nous avons reconnues, avec lui (*Quest.* 243), être d'ordre public. Mais, qu'on le remarque bien, ce n'est pas là un ordre public naturel, c'est seulement un ordre public légal parce que la loi, qui a introduit ces règles, a voulu les

élever à ce degré d'importance. A une autre époque, l'essai de conciliation n'existait pas; une loi nouvelle pourrait aujourd'hui le supprimer; on ne dirait pas pour cela que les bases de la société sont ébranlées.

Ainsi, l'indispensable nécessité de ce préliminaire n'est fondée que sur des dispositions de lois positives; si d'autres dispositions des mêmes lois établissent, directement ou indirectement, des exceptions dans tel cas donné, ce ne sera point violer l'ordre public, que de profiter de cette dispense. Or, nous avons décidé, sur la *Quest.* 208, que la dispense existait de droit en faveur des causes que le président permet d'introduire à bref délai. Si la loi a accordé à ce magistrat, comme nous croyons l'avoir démontré, un pouvoir discrétionnaire pour apprécier l'urgence de la cause, les effets de ce pouvoir doivent s'étendre à toutes les suites naturelles de sa décision.

Notre système n'est donc nullement en opposition avec le sentiment que nous avons adopté sous la *Quest.* 243.

Au reste, quand nous admettrions, avec M. Boncenne, la possibilité d'un recours, nous ne consentirions jamais à dire, comme lui, que l'opposition doit être portée devant le tribunal, lorsque la décision attaquée a été rendue par le président ou par un juge; nous dirions, au contraire, et par la raison que nous empruntions tout à l'heure à M. le procureur-général Dupin, que ces magistrats eux-mêmes sont seuls compétents, comme l'a jugé la Cour de Rouen, le 9 février 1829 (*J. Av.*, t. 40, p. 8), à l'égard de l'ordonnance du président portant commission d'un juge pour recevoir un interrogatoire; ou, avec celles de Paris, 27 mai 1830 (*J. Av.*, t. 39, p. 305) et de Bordeaux, 24 août 1829 (*J. Av.*, t. 37, p. 282), qu'il faut se pourvoir par appel devant la Cour.

L'opposition est destinée à faire voir au juge qu'il s'est trompé ou qu'on l'a trompé; lorsqu'on s'adresse à une autre juridiction, ce n'est pas une opposition, c'est un appel. Or, l'appel ne peut être porté que devant une juridiction supérieure.

Concluons que les actes de la *juridiction gracieuse* ne sont susceptibles d'aucun recours.

L'application de ce principe a été faite par la Cour de Paris, le 18 décembre 1837 (*J. Av.*, t. 54, p. 231), au jugement d'interrogatoire sur faits et articles; par la Cour de Bruxelles le 28 octobre 1816 (*Journ.* de cette Cour, t. 2 de 1816, p. 220), à l'ordonnance portant permission de saisir-arrêter; et encore par la Cour de Bruxelles le 3 janvier 1823 (*Journ.* de cette Cour, t. 1 de 1823, p. 157), à l'ordonnance d'envoi en possession d'un légataire universel. C'est aussi ce que nous avions décidé dans une consultation dont nous venons de reproduire en grande partie les arguments.

Quant à l'ordonnance portant règlement des qualités, elle n'est pas un acte de *juridiction gracieuse*, puisqu'elle est rendue entre les deux parties: des principes particuliers lui sont applicables. (*V.* les *Quest.* 599 et 600.)

Cependant, une dernière objection peut se prendre de ce que l'art. 2 du tit. 35 de l'ordonnance de 1667 permettait de se *pourvoir*, par *simple requête*, *à fin d'opposition*, contre les jugements et arrêts.... même donnés *sur requête*, d'où il suivrait que l'opposition ne répugne pas, comme le suppose notre système, à la nature de ce jugement.

Mais M. Poncet, dont l'opinion sur la question qui nous occupe est parfaitement conforme à notre théorie, fait observer, avec beaucoup de justesse, dans son *Traité des jugements*, t. 1, p. 287, n° 159, que les cas où il pouvait être rendu des décisions sur requête non communiquée n'étaient pas clairement définis par l'ancienne loi; « que les tribunaux souverains notamment, qui jouissaient alors d'une autorité bien plus étendue que les nôtres, ne faisaient pas de difficultés de rendre des décisions, quelquefois très importantes, sur

de simples requêtes non signifiées, en sorte que la loi avait dû fournir aux parties, dans cet état de choses, un remède contre les abus qu'une telle pratique pouvait entraîner : ce remède était celui de l'opposition sur requête.

Mais aujourd'hui, que les pouvoirs des tribunaux ont été restreints dans d'infranchissables limites, et que la loi a eu soin d'indiquer les seuls cas où elle suppose inutile la présence de la partie, les seuls cas dont elle attribue la connaissance à la juridiction gracieuse, aucun arbitraire, aucun inconvénient n'étant plus à craindre, elle a dû supprimer la voie de recours; et, en effet, la disposition précitée de l'ordonnance ne se trouve pas dans notre Code; elle est donc abrogée, ce qui fournirait, au besoin, un argument de plus à la thèse que nous soutenons.

Ainsi, toutes les fois que la loi autorise une décision sur requête, ou partie non appelée, sans réserver formellement une voie de recours, cette voie n'a pas lieu.

M. Poncet cite pour exemples les cas des art. 6, 29, 49, 72, 259, 297, 307, 325, 364, 417, 511, 841, etc., du Code de procédure.

Quant aux jugements, ajoute-t-il, qui ordonnent la rectification des actes de l'état civil, ou quelques mesures relatives aux biens des absents, la loi porte expressément, à l'égard des uns, qu'ils ne sont point applicables aux tiers, et, à l'égard des autres, que, si l'absent vient à reparaître, l'effet de tout jugement, autre que ceux qui ne font que conserver ses droits, cesse à l'instant même, et par le seul fait de son retour, ce qui rend encore inutile toute voie d'attaque.

Enfin, le même auteur fait observer qu'il est des circonstances où la loi autorise expressément, comme elle le doit, l'opposition contre les jugements ou ordonnances rendues d'office, ou sur requêtes non signifiées.

On peut donner, pour exemple, le jugement de condamnation rendu contre l'avoué en retard de remettre les pièces communiquées (art. 191 et 192 du Code de procédure civile), et les décisions par lesquelles un juge-commissaire prononce des peines contre les témoins défaillants à une enquête (art. 263 du Code de procédure civile).

La raison donnée par M. Poncet, c'est que, l'avoué sachant bien qu'il avait rendu les pièces, le témoin ayant été cité et n'ignorant pas qu'il doit se rendre, ils sont censés avoir consenti un quasi-contrat qui les soumet aux peines dont l'accomplissement de leur devoir est passible; d'où il suit que, quoique absents, ils sont véritablement parties, mais parties défaillantes, au jugement qui les condamne.

Ces exceptions peu nombreuses ne font, par conséquent, que confirmer la règle (1).]] **Supp. alph.**, v° *Ajournement*, n. 373 et suiv.

[(1) Un arrêt de la Cour royale de Toulouse, rendu le 15 novembre 1839, dans l'affaire de la succession Hawarden, depuis l'impression de notre opinion, a accueilli l'appel dirigé contre une ordonnance d'envoi en possession, et l'a réformée. Mais outre que l'intimé n'avait pas soutenu l'appel non recevable, les circonstances de la cause sont de telle nature, que cette décision n'est nullement en opposition avec notre doctrine. En effet, il est à remarquer qu'avant que l'ordonnance d'envoi en possession eût été rendue et même sollicitée par le porteur du testament olographe, les héritiers Hawarden, alléguant des soupçons de fraude et de simulation, s'étaient rendus opposants à l'envoi en possession, soit par lettre adressée au président, soit par acte extrajudiciaire, signifié tant au légataire qu'au greffier du tribunal.

Dès lors, on ne se trouvait plus dans les conditions ci-dessus posées pour l'exercice de la *juridiction gracieuse*, puisqu'une contestation véritable, entre deux parties adverses, se trouvait engagée devant le président. La matière devenait *contentieuse* et la décision qui l'avait terminée était, par une conséquence naturelle, sujette aux voies ordinaires de recours.

C'est donc avec raison que la Cour a sta-

[[378 bis. *Lorsque le président accorde permission d'assigner à bref délai, doit-il indiquer le jour de la comparution, ou du moins déterminer le nombre de jours auquel est restreint le délai ordinaire?*

Le texte de l'art. 72 ne paraît pas exiger que le président agisse avec tant de précision. La Cour de Bruxelles en a conclu, le 31 mars 1835 (*Journ.* de

---

tué sur l'appel, et a réformé l'ordonnance du président, qui, ne se croyant pas le droit de refuser l'envoi en possession demandé, n'avait voulu avoir aucun égard à l'opposition formulée par les héritiers du sang.

Bien plus, la Cour a jugé, et avec raison, que cette opposition toute seule devait lier les mains du président, et l'empêcher de rendre son ordonnance; cette décision est conforme aux principes.

Le pouvoir du président est purement *gracieux*, c'est-à-dire, qu'il ne peut s'exercer qu'en cas de non-contestation; du moment que cette contestation est soulevée, sa juridiction cesse, il doit renvoyer les parties à se pourvoir par les voies ordinaires.

Et voilà pourquoi nous disons sous la *Quest.* 799, et M. Carré dit aussi à la note, que c'est en prenant les devants, en s'opposant à l'envoi en possession, que les héritiers naturels peuvent l'éviter, et se soustraire aux conséquences de position qu'il entraîne. En effet, par leur opposition tout est arrêté; le porteur du testament ne peut plus adjoindre à son titre sa possession légale, en cas de dénégation d'écriture, c'est à lui qu'incombe la preuve de sa sincérité.

Une autre difficulté s'est présentée relativement à l'ordonnance d'envoi en possession. Deux légataires porteurs chacun d'un testament olographe à son profit, se présentent successivement devant le président, et obtiennent de lui, en vertu de leurs titres divers qui ne peuvent être valables tous les deux, la possession de la même hérédité. Conflit entre les deux possesseurs, si l'appel contre les ordonnances n'est pas admis, quel moyen de le vider? Ainsi notre théorie semble être en défaut pour ce cas, et pour d'autres semblables qui pourraient se présenter.

Une simple observation va détruire cette objection.

Si le pouvoir du président est un pouvoir *gracieux*, qui ne consiste qu'à écouter le solliciteur, et à lui accorder ou refuser l'objet de sa demande, il est clair qu'une fois cet objet concédé, il n'est pas en son pouvoir ni de le retirer en rétractant son ordonnance, ni d'accorder à un second solliciteur, ce que l'autre détient déjà. Car il répugne à la nature des choses qu'une faveur, lorsque son objet est exclusif, soit accordée à deux personnes qui ne peuvent en jouir séparément.

En matière administrative même, un acte d'administration *gracieuse* ne peut être révoqué, s'il a constitué un droit; sa révocation donne nécessairement lieu à un débat du ressort de la *juridiction contentieuse*.

Ainsi le président épuise sa juridiction en accordant une première ordonnance. Sans doute si les deux testaments lui étaient présentés en même temps, il pourrait, il devrait même donner la préférence au plus récent, exclure le plus ancien. Mais si la présentation est successive, il n'y a plus de concours possible; et la première ordonnance doit tenir quand même elle aurait été rendue en faveur du testament le plus ancien.

Le président ne peut en rendre une seconde, parce qu'il a épuisé ses pouvoirs, et s'il la rend, elle sera incompétemment rendue, comme si elle était émanée d'un juge sans caractère, d'un juge de paix, par exemple.

Cette ordonnance sera donc susceptible d'appel, mais seulement au chef de l'incompétence, et la Cour n'aura pas à examiner laquelle des deux a été rendue en faveur du testament valable; mais elle devra toujours annuler la seconde comme rendue sans objet.

C'est ainsi qu'un arrêté d'un préfet rendu hors des limites de sa compétence, peut être déféré directement au conseil d'Etat par *voie contentieuse*, quoique la matière sur laquelle cet arrêté a été rendu, ne soit qu'une émanation du *pouvoir gracieux*.

Toutefois, par un arrêt du 8 avril 1839 (*J. Av.*, t. 57, p. 479, et *J. P.*, t. 2 de 1839, p. 118), la Cour de Montpellier a déclaré susceptibles d'appel toutes les ordonnances qui interviennent sans contradiction, et en particulier celle que rend le président, en vertu de l'art. 1007, pour désigner le notaire qui doit recevoir le dépôt d'un testament olographe, mais cette décision n'est appuyée d'aucun motif qui exige une réfutation.

Notre système, au reste, trouve un nouvel appui, dans la disposition de la loi du 28 mai 1838, sur les faillites, qui déclare (art. 453) que les ordonnances du juge-commissaire ne seront susceptibles de recours que dans les cas spécialement prévus.

cette Cour, t. 2 de 1835, p. 93), qu'il pouvait se contenter d'accorder, en termes généraux le bref délai, et laisser au demandeur la faculté d'en déterminer l'étendue.

Nous ne pouvons adopter cette interprétation ; elle rendrait inutile, selon nous, la disposition qui investit le président du pouvoir d'abréger les délais. En effet, l'on conviendra que cette abréviation doit être mesurée sur les diverses natures d'affaires qui en sont susceptibles ; que la huitaine peut, pour telle ou telle cause, être réduite, soit à cinq jours, soit à trois, etc., et même à un seul jour non franc, comme l'a jugé la Cour de cassation, le 30 juillet 1828 (*J. Av.*, t. 35, p. 327) ; mais que toutes les causes ne peuvent subir une si forte réduction, sans porter atteinte au droit de la défense ; les diverses circonstances, dont la multiplicité est infinie, doivent servir de règle en cette matière.

Si donc l'on abandonne à la discrétion du demandeur d'opérer la réduction selon son gré, le défendeur pourra toujours venir prétendre devant le tribunal qu'il ne l'a pas opérée équitablement, et obtenir une augmentation de délai. Un arrêt de la Cour de cassation, sous la date du 3 prairial an XII (*J. Av.*, t. 13, p. 71), et un de la Cour de Bruxelles du 12 juillet 1809 (*J. Av.*, t. 13, p. 69), déclarent, avec raison, nulle et de nul effet l'assignation donnée à un délai plus court que celui fixé par l'ordonnance du président ; il faut évidemment appliquer ici les principes développés sous la *Quest.* 321, desquels il résulte que le delai trop court peut être une cause de nullité.

M. FAVARD DE LANGLADE, t. 1, p. 146, n° 3, dit, comme nous, que le juge doit avoir soin de fixer le jour de la comparution d'une manière si précise, qu'il ne puisse, sur ce point, rester matière à procès.]] **Supp. alph.**, v° *Ajourn.*, n. 387.

[[**378** ter. *Le délai fixé par le président est-il susceptible de l'augmentation à raison des distances ?*

Le délai supplémentaire de l'art. 1033, aussi bien que le délai général de l'art. 72, ont été réglés tous les deux par le législateur, en vertu de présomptions plus ou moins fondées, dont il abandonne, en certains cas, l'appréciation au président. De cette observation, il suit que le président peut dispenser du premier comme du second de ces délais, s'il juge qu'il y a utilité pour le demandeur et qu'il n'y a nul danger pour le défendeur ; si donc, dans la fixation faite par son ordonnance, le président n'a point distingué entre l'un et l'autre de ces délais, il est censé avoir voulu réduire au nombre de jours qu'il détermine la totalité de ceux qu'il aurait fallu laisser écouler, en conformité, soit de l'art. 72, soit de l'art. 1033. S'il paraît néanmoins, par les termes dont il s'est servi, que ce magistrat n'a entendu s'occuper que du délai ordinaire de huitaine, alors le délai supplémentaire demeurera intact.

C'est là le germe de la distinction admise par M. FAVARD DE LANGLADE, t. 1, p. 146, n° 3, entre le cas où le président fixe nominativement le jour de la comparution, et celui où il s'exprime en ces termes : *à trois*, *à cinq jours*, *etc.* Dans la première hypothèse, l'ordonnance semblerait à cet auteur embrasser les deux délais ; dans la seconde, ne pas s'occuper de celui des distances.

Les deux cas nous paraissent, à nous, identiques, et le point de savoir s'il a été dans la pensée du président de restreindre les deux délais, ou seulement l'un d'entre eux, dépend complétement des circonstances du fait, et ne peut être décidé d'après des règles tracées à l'avance.

Aussi, rien d'étonnant que l'affirmative et la négative de la question se trouvent tour à tour consacrées par des décisions judiciaires : la première, par un arrêt de la Cour de cassation du 25 vendémiaire an XII (*J. Av.*, t. 13, p. 69), et un de la Cour de Dijon du 5 mars 1830 (*J. Av.*, t. 40, p. 186) ; la se-

conde, par un arrêt de la Cour de Bruxelles, du 21 janvier 1824 (*Journ.* de cette Cour. t. 1 de 1824, p. 359).

MM. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 202, et THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 176, se prononcent pour l'affirmative.

Au moins faudrait-il décider que l'omission du délai des distances n'entraînerait pas la nullité de l'assignation à bref délai, pas plus que celle de l'assignation au délai ordinaire. (*V. Q.* 321).]] **Supp. alph.**, v° *Ajourn.*, n. 390.

[[**378** quater. *Les demandes provisoires sont-elles seules susceptibles d'être engagées à bref délai? Quand peut-on engager les demandes provisoires?*

M. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 202, enseigne que la demande provisoire seule peut être engagée à bref délai, et qu'il n'y a pas lieu d'user de cette voie pour la demande principale. Cependant, l'art. 72 ne fait pas cette distinction, que repoussent l'usage constant des tribunaux, et un arrêt formel de la Cour de Besançon du 25 mai 1812 (*J. Av.*, t. 13, p. 189). On ne peut disconvenir d'ailleurs que la célérité ne soit souvent aussi utile au principal qu'au provisoire.

Mais cette question fournit à M. Pigeau l'occasion de faire, sur les demandes provisoires, quelques observations que nous croyons devoir reproduire.

Les demandes provisoires, dit-il d'abord, sont, par leur nature, dispensées du préliminaire de conciliation : c'est une conséquence forcée de la disposition de l'art. 49, 2°.

Elles peuvent d'ailleurs être engagées, ou avec la demande principale, ou avant celle-ci, lorsque la nécessite de la soumettre à la conciliation serait une cause de retard, ou après la demande principale, et alors c'est par acte d'avoué, si l'adversaire a constitué le sien; Metz, 3 juin 1811 (*J. Av.*, t. 13, p. 172); ou par assignation à bref délai, et à personne, dans le cas contraire.

C'est à tort qu'un arrêt de la Cour de Grenoble du 9 septembre 1820 (*J. Av.*, t. 13, p. 173), impose au défendeur, qui n'a pas encore constitué avoué, l'obligation de former sa demande à bref délai par voie d'assignation. Ne suffit-il pas qu'il constitue avoué et qu'il se serve de la voie si simple de l'acte d'avoué à avoué pour enter un incident sur la demande principale déjà engagée par son adversaire? (*V.* ce que nous disons d'analogue sous la *Quest.* 325).]]

[[**378** quinq. *L'assignation à bref délai doit-elle être faite par un huissier commis, et contenir copie de l'ordonnance de permission?*

L'art. 808 exige bien qu'un huissier soit commis pour l'assignation à bref délai et en référé; mais il faut restreindre son application à cette matière. Une disposition spéciale serait nécessaire pour l'étendre aux assignations à bref délai dont parle l'art. 72; c'est ainsi que l'ont jugé les Cours de Besançon, le 25 mai 1812 (*J. Av.*, t. 13, p. 189); de Colmar, 17 avril 1817 (*J. Av.*, t. 7, p. 277), et de Paris, 8 février 1834 (*J. Av.*, t. 46, p. 306).

Quant à l'obligation de donner copie de l'ordonnance de permission, elle nous paraît indispensable, comme à M. CARRÉ, au commentaire de cet article, et à M. BOITARD, t. 1, p. 314; en vain la Cour de Bruxelles a-t-elle considéré, le 21 janvier 1824 (*Journ.* de cette Cour, t. 1 de 1824, p. 359), pour repousser cette opinion, que l'art. 65 n'attache point la peine de nullité à l'omission de la copie des titres. Il ne s'agit pas ici d'un titre relatif au fond du procès. Le délai restreint ne peut être légitime qu'autant qu'il a été fixé par le juge; le défendeur, vis-à-vis duquel on ne justifie pas de la permission du magistrat, a le droit de regarder ce délai comme trop court, et de traiter l'assignation qu'il reçoit comme abrégeant arbitrairement le délai légal : il peut donc se dispenser de comparaître.]] **Supp. alph.**, v° *Ajourn.*, n. 392.

[[378 sex. *La faculté donnée au président d'abréger les délais s'applique-t-elle même à ceux qui sont fixés par l'art. 73?*

Oui, d'après la Cour de Pau, 13 novembre 1824 (*J. Av.*, t. 29, p. 205) : non, d'après la Cour de Colmar, 12 novembre 1830 (*J. Av.*, t. 40, p. 589).

Nous préférons cette dernière solution. La disposition qui crée le pouvoir du président, faisant corps avec l'art. 72, paraît ne s'appliquer qu'au délai fixé par cet article.

Les délais de l'art. 73 sont spéciaux, la disposition qui les détermine ne peut être affectée par celle de l'article précédent, avec d'autant plus de raison que, l'art. 74 venant plus tard y apporter une exception, on doit croire que c'est la seule qui ait été dans l'esprit de la loi.

On sent qu'il eût été bien plus difficile au président, dans le cas de l'art. 73, d'apprécier soit le mérite des circonstances sur lesquelles on aurait fondé la demande d'un bref délai, soit le moyen de concilier cette demande avec la conservation des intérêts d'un défendeur domicilié à de grandes distances, et, comme le fait observer M. LEPAGE, p. 118, avec beaucoup de raison, on ne distingue pas, dans les délais de l'art. 73, comme dans les délais ordinaires, le temps destiné à préparer la défense, et celui qu'il accorde pour faire le chemin; ces délais, étant presque tous entièrement consacrés à vaincre l'obstacle des distances, ne pourraient donc pas être abrégés sans mettre le défendeur dans l'impossibilité de comparaître au jour qui serait fixé.]]

Supp. alph., v° *Ajourn.*, n. 393.

ART. 73. Si celui qui est assigné demeure hors de la France continentale, le délai sera :

1° Pour ceux demeurant en Corse, dans l'île d'Elbe ou de Capraja, en Angleterre et dans les états limitrophes de la France, de deux mois;

2° Pour ceux demeurant dans les autres états de l'Europe, de quatre mois;

3° Pour ceux demeurant hors d'Europe, en deçà du cap de Bonne-Espérance, de six mois;

Et pour ceux demeurant au delà, d'un an (1).

Ordonn. de 1667, tit. 11, art. 1er.—Loi du 28 germ. an XI.—Code de proc., art. 445, 446, 486, 639.—Code de comm., art. 511.—[Notre Dict. gén de Proc., v° *Exploit*, n° 339, 340, 344.—Arm. Dalloz, *eod*, n°s 684, 704. à 711 à 718. — Locré, t. 21, p. 258, n° 27.]

V. *infrà*, p. 475, Q. 378 *septies* et Q. 378 *octies*.

LXII. Les délais que la loi, par les dispositions générales que renferme l'art. 73, détermine pour toutes les parties domiciliées ailleurs que sur le continent français, ont leurs motifs dans la nécessité de prévenir les difficultés qui pourraient s'élever, soit sur l'étendue des distances, soit sur la lenteur ou la rapidité des communications entre les lieux situés hors du territoire continental du royaume ou en pays étranger, et ceux où siégent les tribunaux français, devant lesquels le défendeur serait appelé.

Ces délais ne sont pas susceptibles de l'augmentation à raison des distances, déterminée par l'art. 1033; Colmar 1er août 1812 (*S.*, t. 14, 2e part., p. 132, et *J. Av.*, t. 13, p. 199).

---

(1) [Cet article est applicable aux assignations données en matière commerciale, (Bruxelles, 9 déc. 1829, *Journ.* de cette Cour, t. 1, de 1830, p. 98); et à celles qui sont données pour comparaître, en matière civile, devant la Cour de cassation (Cass., 30 mai 1838, *J. Av.*, t. 55, p. 442, et *J. P.*, t. 2 de 1838, p. 98).]

[[Il en était autrement sous l'empire de l'ordonnance de 1667, comme l'a jugé la Cour de cassation, le 22 prairial an IX (*J. Av.*, t. 13, p. 39).]] **Supp.**, p. 104.
Supp., p. 104. *L'art.* 73 *est-il applicable aux défendeurs assignés en Algérie?* Q. 378 *septies.*
Supp., p. 105. *Faut-il doubler le cap de Bonne-Espérance pour que le dernier § de l'art.* 73 *soit applicable?* Q. 378 *octies.*

ART. 74. Lorsqu'une assignation à une partie domiciliée hors de France sera donnée à sa personne en France, elle n'emportera que les délais ordinaires, sauf au tribunal à les prolonger s'il y a lieu.

[Notre Dict. gén. de Proc., v° *Appel*, n° 488; *Exploit*. n°s 335, 337, 365.—Armand Dalloz, v° *Exploit*, n° 704.—Locré, t. 21, p. 406, n° 47; p. 529, n° 21 et p. 569 n° 33. — QUESTIONS TRAITÉES : Pourrait-on tirer de l'art. 74 une conséquence contraire à la solution donnée sur la 19e question ? si un étranger est assigné au domicile qu'il a élu en France, cette assignation emportera-t-elle les délais fixés par l'art. 73? *Q.* 379. — A quelle époque le défendeur peut-il obtenir la prolongation du délai? *Q.* 380.]

LXIII. La modification qu'apporte ici l'art. 74 aux dispositions générales de l'art. 73 est une heureuse innovation; il fallait auparavant, quoique l'assignation eût été donnée en France à la personne du défendeur, observer les mêmes délais que si l'exploit avait été notifié à son domicile hors de France, ce qui pouvait souvent devenir très préjudiciable au demandeur. (*Exposé des motifs.*)

L'on voit qu'aujourd'hui, lorsque l'exploit est remis au défendeur qui se trouve passagèrement en France, l'ajournement n'emporte dès lors que les délais ordinaires de huitaine, et d'un jour par trois myriamètres de distance entre le lieu où la copie lui est remise, et la ville où siége le tribunal.

Mais il peut arriver quelquefois que la personne citée ait besoin, pour sa défense, de faire venir des pièces et des instructions; cela dépend beaucoup de la nature de l'affaire, il eût été par conséquent dangereux d'établir une règle absolue, et qui dût recevoir son exécution dans tous les cas. Aussi, à l'exemple de la loi du 28 germinal an XI, l'art. 74 contient une disposition pour autoriser le tribunal à prolonger le délai, *s'il y a lieu;* et, par cette sage modification, aucun intérêt particulier ne peut être compromis. (*Exposé des motifs.*)

Au reste, cette disposition ne peut s'appliquer aux étrangers domiciliés en France. On est toujours censé avoir, dans son domicile, tous ses titres et papiers.

379. *Pourrait-on tirer de l'art.* 74 *une conséquence contraire à la solution donnée sur la* 19e *Question ?*

[[*Si un étranger est assigné au domicile qu'il a élu en France, cette assignation emportera-t-elle les délais fixés par l'art.* 73 ?]]

L'art. 74 ne contrarie point notre solution de la 19e *Question,* puisque cet article ne concerne que les personnes domiciliées hors de France, et prévient d'ailleurs l'inconvénient qui la motive, en permettant au tribunal de prolonger le délai s'il y a lieu; ce que la loi ne lui accorde point, dans le cas où la personne domiciliée en France reçoit l'exploit ailleurs qu'à son domicile.

[[En principe, le délai de distance doit toujours être observé, soit qu'on assigne le défendeur à son domicile, soit qu'on lui notifie l'exploit à personne, au lieu même où il doit comparaître. Cette règle, qui se fonde sur la nécessité où il peut être de faire venir de son domicile ses moyens de défense, est rappelée par MM. DALLOZ, t. 7, p. 758, n° 10; THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 177, et BOITARD, t. 1, p. 317. Mais on voit qu'elle subit une notable exception, lorsque l'assigné est domicilié en pays étranger; l'art. 74 déclare que les délais dont il jouirait, si l'assignation lui parvenait à son domicile, sont supprimés lorsqu'elle lui est remise à personne sur le territoire français.

Il semblerait que, par une raison d'analogie bien puissante, la règle que nous avons posée, sous la *Quest.* 326, et qui veut que l'assignation donnée au domicile élu emporte les délais de distance eu égard au domicile réel, doit également cesser dans le cas où l'étranger, ayant élu domicile en France, y reçoit les assignations du demandeur. Et c'est en effet ce qu'ont jugé les cours de Trèves, le 22 octobre 1812 (*J. Av.* t. 13, p. 202), et d'Aix, le 3 août 1832 (*J. Av.*, t. 45, p. 753).

Cependant, il n'y a point, dans les deux cas, parité de motifs; il ne doit point y avoir semblable solution. Lorsque le défendeur est assigné en personne, il peut comparaître aussi rapidement que s'il était en France, et cela n'empêche pas même que, s'il a besoin d'un plus long délai pour aller chercher ses titres et papiers, il ne puisse l'obtenir du tribunal. Mais s'il est à l'étranger, pourra-t-il se présenter, par cela seul qu'il a élu domicile dans le royaume? Evidemment non, car il ne lui faudra pas moins le temps nécessaire pour recevoir la copie de l'assignation et envoyer l'ordre de constituer avoué. La durée de ce temps est fixée spécialement par l'art. 73; il faut donc qu'il en jouisse. La disposition de l'art. 74 étant d'ailleurs restrictive d'un droit devait être renfermée dans ses termes. Cette doctrine a été formellement sanctionnée par la Cour de Montpellier, le 1er décembre 1831 (*J. Av.*, t. 43, p. 426), et par celle de Bruxelles, le 21 novembre 1827 (*Journ.* de cette Cour, t. 1 de 1828, p. 239).]] **Supp. alph.**, v° *Ajournem.*, n. 396 et 397.

380. *A quelle époque le défendeur peut-il obtenir la prolongation du délai?*

Il ne peut l'obtenir avant d'avoir lié l'instance par la constitution d'avoué.

[[Cela est incontestable. *V.* dans le même sens, M. DEMIAU-CROUZILMAC, p. 69.]]

TITRE III.

Constitution d'avoué et défenses.

Les avoués ont exclusivement le droit de postuler, d'instruire et de prendre des conclusions devant le tribunal près lequel ils sont établis. (Loi du 27 ventôse an VIII, et décret du 19 juillet 1810, *J. Av.*, nouv. éd., t. 5, p. 214 et 290, v° *Avoué*, n° 40.) (1)

Leur ministère est donc indispensable pour les parties, soit qu'elles veuillent user du droit que leur donne l'art. 85 du Code de procédure, de se défendre elles-mêmes, soit qu'elles confient leur défense à un avocat.

Pour qu'un avoué puisse valablement représenter une partie, il faut qu'il ait été constitué par elle.

On sait déjà (V. *suprà* sur l'art. 61), que cette constitution n'est légalement faite par le demandeur, que par l'exploit même d'ajournement : nulle autre formalité n'est à remplir.

Le défendeur doit à son tour constituer son avoué dans le délai que l'ajournement fixe pour la comparution.

Il satisfait à cette obligation par un simple acte, que l'avoué dont il a fait choix notifie à celui du demandeur.

---

(1) *V.*, sur les fonctions et devoirs des avoués, notre *Traité des lois d'organisation et de compétence*, liv. 1er, tit. 3, chap. 3.

On appelle cet acte, *acte d'occuper*, parce que l'avoué du défendeur y déclare qu'il est chargé *d'occuper*, et qu'il *occupera* pour cette partie.

Mais, si l'assignation est donnée à bref délai, la loi permet à l'avoué d'obtenir, à l'audience, acte de sa constitution, sauf à la réitérer par exploit (art. 76).

Faute au défendeur d'avoir constitué avoué dans le délai de l'ajournement le demandeur peut prendre défaut (art. 149).

Les avoués ainsi constitués, l'instruction du procès commence.

On appelle *instruction* l'emploi des divers moyens que la loi donne, soit aux parties, pour instruire le juge de la vérité des faits, et des raisons de droit sur lesquelles elles fondent leurs prétentions, soit au juge, pour s'éclairer par lui-même, lorsque les parties ne lui semblent pas fournir les renseignements suffisants.

Nous rappelons ici ce que nous avons dit, *suprà* p. 206 et 275, que le Code, dans les huit premiers titres du présent livre, n'a tracé de règles que pour l'instruction des affaires simples, c'est-à-dire des causes qui ne présentent aucun incident, et qui n'exigent aucune procédure particulière.

Lorsqu'une affaire de cette nature ne requiert pas célérité, ou lorsque la matière de la demande n'est pas sommaire (art. 405), cette affaire s'instruit par deux écrits, que l'on appelle, l'un *écrit de défense*, l'autre *écrit de réponse* (1), nulle autre écriture ne passe en taxe (art. 81).

L'écrit de défense contient les moyens de fait et de droit que le défendeur oppose contre le *libelle* (2), et les conclusions de la demande (art. 77).

L'écrit de réponse contient les réponses du demandeur au premier (art. 78).

Les deux parties sont libres de signifier ou non ces deux écrits.

Ainsi le défendeur qui n'entend pas fournir d'écrit de défense, ou le demandeur qui n'entend pas répondre à cet écrit, peut poursuivre l'audience par un simple acte, que l'on nomme *avenir*, de même que le plus diligent d'entre eux le peut faire quand les écrits ont été respectivement notifiés (79, 80).

Sur cet *avenir*, que l'on nomme aussi *sommation d'audience*, et qui est le seul que l'on admette en taxe pour chaque partie (art. 82), la cause est plaidée, après communication au ministère public, si elle est du nombre des affaires qui exigent son intervention, et l'observation de certaines formalités prescrites par le règlement du 30 mars 1808.

ART. 75. Le défendeur sera tenu, dans *les délais de l'ajournement* (3), de constituer avoué; ce qui se fera par acte signifié d'avoué à avoué (4). Le défendeur ni le demandeur ne pourront révoquer leur avoué, sans en constituer un autre. Les procédures faites et jugements obtenus contre l'avoué révoqué, et non remplacé, seront valables (5).

Tarif, 68, 70. — [Notre Comm. du Tarif, t. 1, p. 124 à 131, n°s 1 à 4, et n°s 8 à 24.] — Ordonnance de 1667, art. 1er, tit 5, et art. 2, tit. 11.—Code de proc, art. 61, 148, 149, 342 352. 529, 1038. — [Notre Dict. gén. de Proc., vis *Appel*, n°s 315. 378 à 382 *bis*; *Avoué*, n°s 88 à 95, 97 à 116, 127, 133 à 141, 143 à 145, 147 à 152, 154; *Exploit*, n°s 100 et 205; *Péremption*, n° 240; *Signification*, n°s 17 et 32 — Carré, *Compétence*, 2e part., liv. 1er, tit. 3, chap. 3, art. 147, § 3, éd. in-8°, t. 2, p. 448.

---

(1) Sur la rédaction de ces écrits, *V.* BERRIAT SAINT-PRIX, p. 217, not. 14 et 15.

(2) On nomme *libelle* l'exposé sommaire des moyens que l'ajournement doit contenir conformément au § 3 de l'art. 61.

(3) Supposons, par exemple, que l'exploit ait été donné le 1er octobre. Il faut compter huit jours francs : le jour de l'échéance aura lieu le 10, et le demandeur ne pourra obtenir défaut que le 11.

(4) La signification se fait par un huissier audiencier.

(5) Quoiqu'on puisse agir valablement contre l'avoué révoqué et non remplacé, il ne pourrait agir valablement lui-même ni faire aucune signification. [*V.* la *Quest.* 386.]

et § 8, à la note, t 2, p. 470.—Locré, t. 21, p. 407, n° 48; p. 530, n° 22; et p. 569, n° 34.—QUESTIONS TRAITÉES : En quelles circonstances et en faveur de quelles parties la loi dispense-t-elle de la constitution d'avoué? lorsque le ministère public refuse de conclure faute de renseignements, le jugement est-il par défaut faute de défendre? *Q.* 381. — Un avoué peut-il refuser d'occuper pour une partie, ou se démettre de son mandat après l'avoir accepté? *Q.* 381 *bis*. — L'avoué constitué tient-il, de la seule remise des pièces, un mandat suffisant pour faire tous les actes pour lesquels la loi n'exige pas un pouvoir spécial? *Autrement*: est-il nécessaire que l'avoué soit muni d'un pouvoir par écrit? *Q.* 382. — Quels sont les pouvoirs qu'une constitution confère naturellement à l'avoué chargé d'occuper? *Q.* 382 *bis*. — Si le défendeur se proposait de décliner la juridiction devant laquelle il est assigné, ou d'opposer la nullité de l'exploit d'ajournement, la constitution d'avoué devrait-elle en contenir la déclaration expresse? *Q.* 383. — Le défendeur peut-il constituer avoué après le délai fixé par l'ajournement? *Q.* 384. — Le défendeur, contre lequel il aurait été obtenu un jugement faute de constitution d'avoué, pourrait-il postérieurement constituer avoué sans former opposition à ce jugement? *Q.* 384 *bis*. — Comment se fait la révocation de l'avoué? *Q.* 385. — Peut-on prouver par témoins la révocation de l'avoué? *Q.* 386. — Peut-on révoquer l'avoué dans l'intervalle qui sépare la prononciation de la signification du jugement? *Q.* 386 *bis*.—Les procédures faites contre un avoué qui eût cessé d'occuper autrement que par révocation, par exemple, pour cause de décès, de démission, interdiction ou destitution, seraient-elles valablement faites contre lui, jusqu'à son remplacement, comme dans le cas de révocation? *Q.* 387.] (1)

LXIV. Par cet article, le législateur a abrogé l'usage des présentations qui, aux termes de l'ordonnance, se faisaient au greffe du tribunal, et dont l'omission après les délais entraînait un jugement, que l'on appelait défaut aux ordonnances. La disposition de l'art. 75 a donc eu pour motif de rendre en ce point la procédure plus simple et moins dispendieuse.

381. *En quelles circonstances et en faveur de quelles parties la loi dispense-t-elle de la constitution d'avoué?* [[*Lorsque le ministère public refuse de conclure au nom de l'Etat, faute de renseignements, le jugement est-il par défaut faute de défendre?*]]

Il y a exception à la disposition générale de l'art. 75 :

1° En faveur de l'Etat plaidant par le ministère des préfets (Cassat., 16 messidor et 29 thermidor an X, *S.*, t. 20, 1re part., p. 502, et t. 2, 1re part., p. 383, et *J. Av.*, t. 5, p. 240);

2° De la régie des douanes (Cassat., 1er germ. an X, *S.*, t. 7, 1re part., p. 801, et *J. Av.*, t. 5, p. 236);

3° De celle de l'enregistrement, non-seulement dans les affaires où il s'agit des droits d'enregistrement, mais encore relativement à celles touchant la perception du domaine (Cassat., 20 nivôse an XI, *S.*, t. 3, 1re part., p. 116, et *J. Av.*, t. 5, p. 248), ou les recouvrements de frais dus à l'Etat en matière criminelle (Cassat., 28 juillet 1812, *S.*, t. 13, 1re part., p. 87, et *J. Av.*, t. 5, p. 313) (2).

---

(1) JURISPRUDENCE.

[Nous pensons que :

1° Un avoué ne peut occuper à la fois pour les deux parties sans se rendre passible de dommages-intérêts. Rennes, 6 janvier 1815 (*J. Av.*, t. 5, p. 336), excepté en matière d'ordre, où, le nombre de créanciers étant souvent plus considérable que celui des avoués près le tribunal, il pourrait être impossible à chacun de ceux qui ont des intérêts divers, de constituer un avoué particulier. Grenoble, 6 août 1822 (*J. Av.*, t. 24, p. 265).

2° Lorsqu'un avoué est constitué par les deux parties, il ne peut pas prendre un arrêt par défaut en faveur de l'une au préjudice de l'autre. Metz, 18 décembre 1807 (*J. Av.*, t. 5, p. 270).]

(2) Dans tous ces cas, le ministère public, en vertu des différentes lois dont les arrêts ci-dessus présentent l'application, est chargé non-seulement de la direction et de la surveillance de la procédure, mais encore de la défense. Mais il est à remarquer que cette procédure spéciale, sans ministère d'avoués, autorisée dans les contestations entre la régie de l'enregistrement et ses redevables, ne peut être employée dans les contestations d'entre cette régie et un débiteur du redevable, entre les mains duquel elle eût fait une saisie-arrêt. En effet, le tiers débiteur, qui a droit au ministère d'un avoué en plai-

[[§ 1er. *Des Préfets.*—A l'époque où le ministère des avoués n'avait pas lieu devant les tribunaux, un arrêté du directoire du 10 thermidor an IV, chargea les commissaires du pouvoir exécutif près les tribunaux de la défense des causes interessant l'Etat.

Les avoués ayant été depuis rétablis par l'art. 94 de la loi du 27 ventôse an VIII, et l'art. 1041 du Code de procédure civile étant venu abroger les lois, règlements et usages antérieurs relatifs à la procédure, il s'eleva la question de savoir si l'arrêté sus-mentionné n'était pas compris dans cette abrogation.

Un avis du conseil d'Etat du 1er juin 1807, ayant décidé que l'art. 1041 ne s'appliquait pas aux lois concernant la forme de procéder relativement à la régie du domaine et de l'enregistrement, on en a conclu que cet article n'avait entendu déroger qu'aux lois et usages du droit commun, et que, par conséquent, les règlements spéciaux, notamment ceux qui étaient relatifs aux causes de l'état, demeuraient en pleine vigueur.

Une jurisprudence nombreuse, dont quelques dissentiments interrompent à peine l'unanimité, a reconnu en effet le droit qu'ont les préfets, agissant au nom de l'État, de se faire représenter par les officiers du ministère public, sans employer le ministère des avoués.

On trouve dans ce sens les arrêts de la Cour de cassation des 16 messidor et 29 thermidor an X (*J. Av.*, t. 5, p. 240); 17 août 1828 (*J. Av.*, t. 35, p. 379), et des Cours de Rome, 17 octobre 1811 (*J. Av.*, t. 3, p. 343); Rennes, 10 août 1820 (*J. Av.*, t. 13, p. 276); Bourges, 20 avril 1825 (*J. Av.*, t. 36, p. 100); Pau, 25 janvier 1827 (*J. Av.*, t. 34, p. 311); Colmar, 2 mars 1831 (*J. Av.*, t. 41, p. 540); 12 mars 1831 (*J. Av.*, t. 42, p. 168); Bourges, 16 août 1831 (*J. Av.*, t. 42, p. 167); Lyon, 2 août 1827 (*J. Av.*, t. 25, p. 68); Rennes, 28 janvier 1836 (*J. Av.*, t. 52, p. 180).

Les arrêts dissidents sont ceux des Cours de Toulouse, 24 janvier 1827 (*J. Av.*, t. 33, p. 110); Montpellier, 11 décembre 1826 (*J. Av.*, t. 34, p. 311); Grenoble, 29 janvier 1836 (*J. Av.*, t. 50, p. 353).

Mais la doctrine, consacrée par les premiers, est enseignée par MM. MERLIN, *Quest. de Droit*, v° *Avoué*, p. 4; FAVARD DE LANGLADE, t. 1, p. 137, n° 2; PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 208; BONCENNE, t. 2, p. 142 et suiv., et BOITARD, t. 1, p. 321 et suivantes. M. PONCET, t. 1, p. 353, est le seul auteur qui présente des considérations en sens opposé.

Au reste il faut convenir que, si le ministère des avoués n'est pas obligé pour les préfets, il est du moins facultatif, comme l'ont jugé les Cours de Nancy, le 28 mars 1831 (*J. Av.*, t. 40, p. 228), et de Toulouse, le 29 juin 1831 (*J. Av.*, t. 43, p. 522), contrairement à deux arrêts de la première de ces Cours, en date des 21 et 28 juin 1830 (*J. Av.*, t. 39, p. 196). Pourrait-on reprocher à l'Etat de renoncer à ce qui n'est pour lui qu'un privilége?

Il nous semble aussi naturel, puisque les officiers du ministère public sont chargés d'occuper pour les préfets, qu'ils remplissent en ce cas toutes les fonctions d'un avoué, que l'élection de domicile en leur parquet soit de droit et que l'adversaire de l'Etat puisse y adresser toutes les significations qui dans les causes ordinaires, sont remises à l'avoué (1), et c'est en effet ce qu'on

---

dant avec son créancier, ne peut être dépouillé de ce droit, parce que la régie se trouverait mise à la place de ce créancier. Cass., 29 avril 1818, *S.*, t. 20, 1re part., p. 376, et *J. Av.*, t. 5, p. 351.)

[*V.* nos observations au texte, § 3.]

(1) Le 1er décembre 1825, le tribunal civil de la Seine a jugé, dans une affaire concernant la succession de M. Schaberndoff, seigneur prussien, qu'il n'était pas nécessaire que les mémoires que l'administration du domaine transmet au préfet, comme base de la défense, fussent signifiés à la partie adverse, mais que le ministère public représentant l'Etat devait déposer des conclusions écrites. (*Gazette des Tribunaux*, 2 décembre 1825, n° 29.)

décidé implicitement ou formellement, les arrêts des Cours de Rennes, 10 août 1820 (*J. Av.*, t. 31, p. 276); Poitiers, 5 août 1831 (*J. Av.*, t. 40, p. 43); Nancy, 12 février 1827 (*J. Av.*, t 32, p. 193), et 24 novembre 1831 (*J. Av.*, t. 44, p. 34); ce qui n'empêche pas néanmoins d'élire domicile ailleurs qu'au parquet du procureur du roi; Rennes, 28 janvier 1836 (*J. Av.*, t. 52, p. 180).

L'arrêt de la Cour de Rennes, dont nous avons déjà parlé, a jugé que l'avoué de l'intimé, lorsque le préfet est appelant, ne peut pas valablement signifier son acte de constitution à M. le procureur général; mais, sous ce point de vue, il ne nous paraît pas pouvoir faire jurisprudence.

Nous ne pensons pas que la signification d'un jugement, faite non au préfet, mais au procureur du roi, puisse faire courir les délais de l'appel. Pour obtenir ce résultat, la signification doit avoir lieu au procureur du roi comme tenant la place d'un avoué, au préfet comme partie; c'est ainsi que l'a décidé la Cour de Rennes, dans son arrêt du 10 août 1820, cité plus haut.

Sous notre art. 149, à la jurisprudence, nº 7, nous posons, en principe, que le jugement rendu par défaut contre le procureur général refusant de conclure faute de renseignements, est par défaut faute de défendre; pour le développement de notre doctrine, nous avons renvoyé à la présente Question.

La Cour de Nancy, dans son arrêt du 24 novembre 1831, déjà cité, avait consacré notre système; mais, le 24 juillet 1833, cet arrêt a été cassé (*J. Av.*, t. 45, p. 590). Nous ne pouvons nous soumettre à la décision de la Cour suprême. Le 17 août 1828, elle a formellement proclamé que, d'après l'état actuel de la législation, les procureurs généraux sont les véritables défenseurs et fondés de pouvoir de l'Etat, et doivent par conséquent remplir les *mêmes fonctions que, dans toutes les autres affaires, les avoués remplissent pour les particuliers.* (Voy. *J. Av.*, t. 35, p. 380.) Après cela n'est-il pas évident que le jugement par défaut contre l'Etat, représenté par le ministère public, est un véritable jugement par défaut contre avoué, et susceptible d'opposition, seulement dans la huitaine de la signification au parquet? Vainement dirait-on, avec l'arrêt de la Cour suprême, que le procureur général ne peut former opposition à une décison par défaut sous la forme d'une requête d'avoué à avoué : cette objection nous touche peu, surtout si l'on reconnaît qu'en matière domaniale, le ministère public est le véritable avoué de l'Etat.

§ 2. *De la régie des douanes.* — La jurisprudence qui dispense la régie des douanes de constituer avoué se fonde, comme le fait observer M. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 208, sur l'art. 17 du titre 6 d'une loi du 4 germinal an II, qui dit que l'instruction sera verbale, sur simple mémoire, et sans frais de justice à répeter de part ni d'autre; or le ministère d'un avoué serait inconciliable avec une pareille instruction; c'est ce que pensent aussi MM. MERLIN, *Quest. de droit*, vº *Avoué*, § 6, et FAVARD DE LANGLADE, t. 1, p. 137

Mais si la régie des douanes renonce à employer ce mode d'instruction, si elle a recours à la plaidoirie, si elle vient prendre des conclusions à l'audience, ce que ses lois spéciales ne lui défendent pas, elle ne peut le faire sans se servir du ministère des avoués; c'est ce qu'a formellement jugé la Cour de cassation, le 10 décembre 1821 (*J. Av.*, t. 23, p. 372).

§ 3. *De la régie des domaines et de l'enregistrement.* — Tous les auteurs cités plus haut enseignent aussi, en se fondant sur l'art. 17 de la loi du 27 ventôse an IX, que la régie de l'enregistrement peut se borner à de simples mémoires, sans ministère d'avoué, soit qu'elle actionne pour le recouvrement de revenus nationaux, pourvu toutefois qu'il n'y ait point de contestation sur le fond du droit; cass., 13 pluviôse an II (*J. Av.*, t. 5, p. 247); Limoges, 5 juillet 1816 (*J. Av.*, t. 13, p. 287), et Bruxelles, 23 mars 1836 (*Journ.* de cette Cour, t. 2 de 1836, p. 237); soit qu'il s'agisse de perceptions de droits, Rennes, 16 décembre

1819 (*J. Av.*, t. 13, p. 271); ou même d'une saisie-arrêt pratiquée à raison de ces droits; cass., 7 janvier 1818 (*J. Av.*, t. 5, p. 350), et 2 juin 1823 (*J. Av.*, t. 25, p. 187).

Mais, en principe, cette voie d'instruction ne lui est ouverte que contre le redevable lui-même, et, si la contestation se complique des droits des tiers, la régie doit constituer avoué pour pouvoir discuter avec eux.

Ainsi, par exemple, si, à la suite d'une saisie-arrêt, il s'élève des difficultés sur la déclaration du tiers saisi, ou bien, s'il s'agit d'une saisie immobilière, l'un ordre, où plusieurs créanciers soient intéressés, la régie doit se faire représenter par un avoué, comme les autres parties; Bruxelles, 11 avril 1810 (*J. Av.*, t. 3, p. 276, et *J. P.*, 3e édit., t. 8, p. 245); cass., 29 avril 1818 (*J. Av.*, t. 5, p. 351); Bourges, 20 avril 1825 (*J. Av.*, t. 36, p. 100). C'est ce qu'enseigne M. Carré, à la note, *suprà*.

Les redevables contre lesquels plaide la régie sont aussi dispensés, par le même texte de loi, de constituer avoué; mais cela ne leur est pas interdit; ils peuvent donc faire présenter leur mémoire à la diligence d'un avoué constitué; Rennes, 11 avril 1814 (*J. Av.*, t. 5, p. 335). Ces avoués ne peuvent plaider ou faire plaider oralement la cause, à peine de nullité, comme l'a jugé la Cour de cassation, le 19 octobre 1808 (*J. P.*, 3e édit., t. 7, p. 174, Enregistrement contre Leborgne), et par de nombreux arrêts indiqués à la note de la même page. Seulement la partie qui aurait commis cette infraction ne pourrait s'en faire un moyen de nullité dans son propre intérêt; Cass., 9 juillet 1834 (*J. Av.*, t. 47, p. 621).

Les conservateurs des hypothèques ne sont pas non plus astreints à employer le ministère des avoués lorsqu'ils agissent au nom de la régie; décision du grand-juge et du ministre des finances du 2 décembre 1807 (*J. Av.*, t. 18, p. 748). *V.* aussi M. PIGEAU, *Comment.*, t. 1, p. 208.

§ 4. *L'administration de la caisse des invalides de la marine* n'est pas dispensée d'employer le ministère des avoués dans les instances relatives aux droits dont la perception lui est confiée. Cass., 12 août 1818 (*J. Av.*, t. 5, p. 353).

§ 5. *Le ministère public, partie principale*, soit en demandant, soit en défendant, est dispensé de constituer avoué. (*V.* PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 208.)]]

Supp. alph., v° *Const. d'av.*, n. 1 et suiv.

[[381 bis. *Un avoué peut-il refuser d'occuper pour une partie, ou se démettre de son mandat après l'avoir accepté?*

Le ministère des avoués est obligatoire; ils ne peuvent le refuser que dans les cas prévus par la loi. M. PIGEAU les énumère, *Comm.*, t. 1, p. 209.

En cas de refus obstiné, la partie présente requête au président pour obtenir de lui une ordonnance portant injonction à l'avoué de prêter son ministère. Cette ordonnance n'est jamais susceptible d'opposition, comme l'a jugé la Cour de cassation, le 13 février 1839 (Journ. *Le Droit*, du 21). Il en est de même de l'appel, en vertu des principes exposés sous la *Quest.* 378, et quoique le même arrêt semble admettre cette voie de recours.

Par la même raison, l'avoué qui a commencé d'occuper ne peut cesser de le faire, sans motifs légitimes; Liége, 15 juillet 1835 (*Journ.* de Bruxelles, 1835, t. 2, p. 419), et 16 novembre 1835 (même *Journ.*, 1836, t. 2, p. 54); encore faut-il que ces motifs soient appréciés par le tribunal saisi de la cause, contradictoirement avec la partie. Caen, 23 mai 1837 (*J. P.*, t. 2 de 1837, p. 294), et PIGEAU, *Comm.*, *ubi suprà*.

On sent d'ailleurs que la partie adverse ne serait pas plus obligée d'avoir égard à une démission qui retarderait, à son préjudice, la marche de la procédure, qu'elle ne l'est d'après notre article, de reconnaître une révocation

non accompagnée d'une constitution nouvelle. Ainsi le jugement qui intervient contre un avoué constitué n'en est pas moins un jugement de défaut contre avoué, encore que celui-ci n'ait voulu ni conclure ni plaider, et ait déclaré à sa partie adverse, par acte extrajudiciaire, ne vouloir plus occuper pour son client : c'est ce qu'a textuellement jugé la Cour de Nancy, le 29 juillet 1837 (*J. Av.*, t. 56, p. 41). *V.* la *Quest.* 387.]] **Supp. alph.**, v° *Avoué*, n. 1 et suiv.

382. *L'avoue constitue tient-il de la simple remise des pièces un mandat suffisant pour faire tous les actes pour lesquels la loi n'exige pas un pouvoir spécial?*

Autrement : *Est-il nécessaire que l'avoué soit muni d'un pouvoir par écrit?*

L'art. 68 du Tarif comprend, dans le droit de consultation alloué à l'avoué, les frais de *la procuration sous signature privée ou par-devant notaire.* De là, M. DEMIAU-CROUZILHAC, p. 71, conclut que la simple remise des pièces ne tient pas lieu de pouvoir à l'avoué; il cite plusieurs cas dans lesquels il estime qu'il y aurait lieu à de grands abus, s'il en était autrement; « car, dit-il, « n'arrive-t-il pas souvent qu'on remet des pièces à un avoué uniquement « pour le consulter? N'arrive-t-il pas aussi qu'on élit domicile chez lui, soit « pour l'exécution d'un acte, soit pour une inscription hypothécaire? Si donc « on signifie à ce domicile une impétration contre cet acte, une demande en ra- « diation de l'inscription avec assignation, l'avoué nanti de cette piece pourra « se constituer, plaider et exposer son client aux risques d'un procès que ce- « lui-ci n'aurait pas soutenu. Ne serait-ce pas un abus monstrueux? Cependant « le cas peut se présenter; l'avoué aura-t-il agi impunément? Pourra-t-il même « se débarrasser du désaveu, sur le fondement qu'étant nanti des pièces, il « avait évidemment un mandat? »

Nous ferons observer, contre cette opinion, qu'autrefois, comme aujourd'hui, les frais de procuration étaient alloués; et cependant tous les auteurs s'accordaient à dire que la remise des pièces suffisait à l'avoué pour l'autoriser à faire tous les actes de son ministère, autres que ceux pour lesquels la loi ou la jurisprudence avaient établi qu'il était nécessaire qu'il eût un pouvoir spécial. Cette opinion était reçue si généralement, que nous sommes dispensé de citer des autorités; et comme nous ne trouvons aucune disposition, aucune décision contraire dans la jurisprudence nouvelle, nous estimons que l'on doit continuer de la suivre (1).

---

(1) Loin que le Code de procédure renferme quelques dispositions sur lesquelles on puisse appuyer le sentiment de M. Demiau-Crouzilhac, l'art. 352, au contraire, fournit un argument contre lui, puisqu'il en résulte que les dispositions du Code, au titre du *désaveu*, ne sont applicables qu'au cas où l'avoué aurait fait des offres, un aveu, ou donné un consentement sans pouvoir spécial : d'où suit naturellement qu'il n'aurait pas besoin de pouvoir écrit pour suivre une procédure, au moins sous peine de désaveu.

Le mandat, dit l'art. 1985 du Code civil, peut être donné *verbalement*. Or, la remise de l'original de l'exploit, faite par le demandeur à un avoué, original qui contient d'ailleurs sa constitution, celle de la copie par le défendeur, ne prouvent-elles pas, dans le premier cas, que le mandat lui a été donné par écrit, dans le second, qu'il a été donné verbalement, à l'effet de représenter la partie aux suites du procès?

Que l'art. 68 du Tarif accorde les frais de pouvoir authentique ou sous seing privé, est-ce un motif de décider que le législateur ait entendu formellement obliger l'avoué à se munir d'un pouvoir écrit, lorsque l'art. 1985 du Code civil autorise le mandat verbal?

Quant aux abus contre lesquels s'élève M. Demiau-Crouzilhac, nous rendrons justice au zèle de cet estimable auteur, et à la juste haine qu'il manifeste, dans le cours de son ouvrage, contre la chicane et ses vexations;

[[(1) L'avis de M. Carré, que nous approuvons, est aussi partagé par Pothier, *Traité du Mandat,* n° 128; par les auteurs du *Praticien français*, t. 1. p. 298, et par MM. PIGEAU, *Proc. civ.*, à l'art. 3 du préliminaire de la 2e partie; THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 185, et BONCENNE, t. 2, p. 262. Il est encore consacré par les arrêts des Cours de Grenoble, 9 décembre 1815 (*J. Av.*, t. 5, p. 340), et Bruxelles, 21 septembre 1831 (*J. Av.*, t. 45, p. 456). De même le successeur d'un avoué qui a occupé pour les parties qui avaient constitué son prédécesseur, est présumé, jusqu'à désaveu, avoir procédé avec des pouvoirs suffisants, et les actes faits avec lui sont valables. Paris, 11 février 1828 (*J. Av.*, t. 36, p. 220), et Colmar, 23 janvier 1833 (*J. Av.*, t. 45, p. 555).

Cependant la présomption de mandat qui résulte de la remise de pièces n'est pas absolue, et peut être détruite par d'autres présomptions tirées des circonstances de la cause, comme l'ont jugé les Cours de Rennes, le 15 avril 1816 (*J. Av.*, t. 5, p. 342), et de Caen, le 28 mai 1828 (*J. Av.*, t. 38, p. 145). Mais ces Cours nous paraissent avoir fait une fausse application de ce principe, en donnant le droit de contester le pouvoir même à la partie adverse; car celle-ci ne saurait être fondée à exiger de cet avoué la représentation des pouvoirs de son client, selon que l'a décidé, avec raison, la Cour de Grenoble, par l'arrêt précité. Vis-à-vis d'elle, en effet, l'avoué qui déclare avoir charge d'occuper pour une partie, la représente réellement sous sa responsabilité personnelle, quoiqu'en fait il soit constant que la partie ne lui ait point donné de mandat, Paris, 8 avril 1829 (*Gazette des tribunaux* du 9 avril).

Néanmoins, en cas de révocation subite et propre à lui porter préjudice, la partie adverse peut discuter les pouvoirs de l'avoué révoquant; Riom, 19 août 1826 (*J. Av.*, t. 33, p. 214); mais, hors ce cas, c'est à la partie pour laquelle un avoué se constitue, et à elle seule, qu'il appartient de contester la sincérité de ses pouvoirs; encore ne peut-elle le faire qu'en prenant la voie du désaveu, Bruxelles, 29 mai 1833 (*J. Av.*, t. 46, p. 249); et nous venons de voir que la remise des pièces est contre elle une présomption le plus souvent suffisante.

Mais on sent bien que cette présomption ne peut recevoir d'étendue jusqu'à autoriser l'avoué à enter, sur la cause dont on lui remet la défense, une instance nouvelle, quoique connexe; par exemple, une action en garantie; un mandat particulier nous paraît nécessaire pour cela, comme à la Cour d'Amiens, le 28 novembre 1833 (*J. Av.*, t. 46, p. 338), et à la Cour de cassation, le 23 juin 1835 (*J. Av.*, t. 49, p. 428).

---

mais nous ferons observer qu'ici ces abus ne sont pas autant à craindre qu'il le pense. D'un côté, l'on doit présumer qu'un avoué ne se portera point à intenter un procès, ou à y défendre, si les pièces ne lui ont été remises que pour avoir son avis, et que, lorsqu'une assignation lui est laissée par suite d'une élection de domicile en son étude, il en référera à la partie; de l'autre, s'il oubliait les devoirs de son état au point d'agir, en ces différents cas, sans le consentement de celle-ci, nous ne doutons pas qu'elle n'eût contre lui une action en dommages-intérêts, si elle pouvait prouver le dol ou la fraude.

M. PIGEAU, t. 1, p. 126, ne fait aucun doute que la remise des pièces à tous les effets d'un pouvoir écrit, pour le cas où il ne s'agit point de faire des offres, aveux, etc. [illegible] partageant cette opinion, M. BERRIAT-SAINT-PRIX, p. 70, not. 16, estime que l'avoué doit en être cru sur son affirmation, lorsque la partie prétend que les pièces lui ont été confiées pour tout autre objet qu'une *constitution.*

Cependant, pour éviter toute mauvaise contestation de la part d'un client de mauvaise foi, les avoués sentiront qu'il est toujours prudent d'exiger un pouvoir, soit par écrit sous seing privé, soit par acte authentique. (*V.* les questions sur l'art. 352.)

(1) [De la *Quest.* 614 *bis*, nous renvoyons à la *Quest.* 382, mais il nous paraît plus logique, comme l'a pensé M. BONCENNE, t. 2, p. 261, de renvoyer, au titre du *Désaveu*, à examiner la *nature* et les *effets* d'une *constitution d'avoué*.]

Faisons observer que si le pouvoir à l'effet de se constituer n'a pas besoin d'être exprès, l'acte lui-même de constitution ne peut être remplacé par des équipollents, et le demandeur est autorisé à ne pas regarder comme suffisante la constitution qui ne résulterait qu'implicitement de tel ou tel acte, signifié dans un autre but pendant le cours du procès. La Cour d'Orléans a sanctionné, le 2 décembre 1813 (*J. Av.*, t. 5, p. 333), cette doctrine, qui résulte aussi de la combinaison des art. 75 et 76. Le législateur veut que le défendeur *signifie un acte de constitution*, même lorsque le tribunal lui a déjà donné acte de sa constitution. Or, si un jugement ne dispense pas l'avoué de signifier sa constitution, il semble difficile d'admettre qu'une requête, qu'un avenir, puissent l'en dispenser. Cependant la Cour de Nîmes, le 23 mai 1832 (*J. Av.*, t. 42, p. 240), et celle d'Aix, le 26 février 1836 (*J. Av.*, t. 51, p. 700), ont décidé qu'une constitution d'avoué peut être tacite, et résulter d'actes plus ou moins positifs.]] Voy. *Q.* 1301.

[[**382** bis. *Quels sont les pouvoirs qu'une constitution confère naturellement à l'avoué chargé d'occuper?*

Tous ceux qui sont nécessaires pour faire les actes de procédure que la marche de la cause occasionne : ils ne sont restreints que par la disposition de l'art. 352 Cod. proc. civ.

Ainsi, il peut opter, pour son client, entre deux dispositions d'un jugement, en sorte que la ratification de la partie, quoique postérieure à l'expiration du délai, confirme l'option faite en son nom. Bordeaux, 28 août 1829 (*J. Av.*, t. 38, p. 139), et que cette option ne pourrait être attaquée que par la voie du désaveu, laquelle est également indispensable, lorsqu'une partie veut répudier la qualité que son avoué lui a attribuée dans un acte du procès; Paris, 21 juin 1828 (*J. Av.*, t. 36, p. 77.)

Mais l'avoué de première instance ne pourrait, sans nouveaux pouvoirs, interjeter appel du jugement qui a condamné sa partie, quoique M. MERLIN, *Quest. de droit*, v° *Appel*, lui en reconnaisse le droit. En effet, M. PONCET, *Traité des jugements*, t. 1, p. 496, combat cette opinion avec avantage. L'avoué est bien le maître du procès, *dominus litis*, dit ce jurisconsulte, en ce sens qu'à lui seul appartient le droit de l'ordonner et de l'instruire sous sa double responsabilité d'homme public et de mandataire de la partie; qu'à lui seul il appartient de représenter cette dernière, et de conclure pour elle à la face du tribunal; mais tant s'en faut que l'avoué soit le maître du procès, pour disposer en rien des droits de la partie, ou pour exercer ses actions, que le moindre aveu, le moindre consentement, le moindre fait ou acte qui excède son mandat, l'expose à être désavoué! Quelles sont, en effet, les bornes de ce mandat? celles du procès : or, le jugement étant rendu, il n'y a plus de procès, et les pouvoirs de l'avoué cessent, sauf pour l'instance d'exécution. (Art. 1038 C. p. c.)

Qu'en interjetant appel au nom de la partie il ne craigne pas le désaveu, cela peut se supposer; ainsi, quoique cela ne soit pas toujours certain, cela se conçoit; mais cet appel, émis par un mandataire sans pouvoir est de toute nullité par rapport aux tiers. L'avoué n'a donc pas plus de droit, à cet égard, que tout autre personne que ce puisse être, et si l'on parvient à établir qu'il n'a pas eu de pouvoir *ad hoc*, l'appel qu'il aurait interjeté pour son client doit être regardé comme non avenu.

Il y a cependant, continue M. Poncet, exception à cette règle, toutes les fois que la loi abrége le délai d'appel, et qu'elle le fait courir notamment de la signification à l'avoué; car, à l'impossible nul n'est tenu; et, dans ce cas d'absolue nécessité, la partie doit être censée avoir chargé son avoué de faire pour elle tout ce qu'elle est hors d'état de faire par elle-même. Cette exception a été appliquée par la Cour de Metz, le 28 août 1821 (*J. Av.*, t. 5, p. 375).

L'avoué ne pourrait encore, sans pouvoir spécial :

1° Déférer le serment décisoire; Bordeaux, 30 juillet 1829 (*J. A.*, t. 38, p. 172);

2° Attaquer les titres authentiques des créanciers qui se présentent dans un ordre où il est chargé de produire; Bourges, 21 juin 1831 (*J. Av.*, t. 42, p. 54);

3° Recevoir le paiement de créances dont il est chargé de poursuivre le recouvrement; Colmar, 18 avril 1806 (*J. Av.*, t. 5, p. 254), et Cass., 23 juillet 1828 (*J. Av.*, t. 35, p. 341). *V.* L'article 352.]] **Supp. alph.**, v° *Const. d'av.*, n. 23.

383. *Si le défendeur se proposait de décliner la juridiction devant laquelle il est assigné, ou d'opposer la nullité de l'exploit d'ajournement, la constitution d'avoué devrait-elle en contenir la déclaration expresse?*

Non, puisque le silence gardé à ce sujet dans la constitution d'avoué ne couvre ni les déclinatoires, ni les nullités, ainsi qu'il sera prouvé sur les art. 169 et 173.

[[*Voir* notamment notre *Quest.* 739 *bis*, § 8, t. 2, p. 217.]]

384. *Le défendeur peut-il constituer avoué après le délai fixé par l'ajournement?*

La loi n'a fixé le délai pour la constitution d'avoué que pour marquer le temps après lequel, faute de constitution, le demandeur peut prendre défaut; ainsi, le défendeur peut faire cette constitution aussi longtemps que le jugement par défaut n'a pas été obtenu. (*V.* RODIER, sur l'art. 2, tit. 4, de l'ordonnance, *Quest.* 4.)

[[Cette solution, enseignée aussi par M. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 206, est évidente.]]

[[**384** bis. *Le défendeur, contre lequel il aurait été obtenu un jugement faute de constitution d'avoué, pourrait-il postérieurement constituer avoué sans former opposition à ce jugement?*

Non: car, le jugement une fois prononcé, il n'y a plus d'instance, le tribunal est dessaisi : la constitution d'avoué serait inutile et frustratoire.

La loi ne reconnaît qu'une voie pour faire tomber un jugement de défaut, c'est celle de l'opposition. Cette voie est la seule qui puisse être employée, soit que le jugement ait été signifié ou non : son existence en effet ne dépend pas de la signification. Nous croyons donc devoir décider que la voie de l'opposition est toujours nécessaire, la loi n'en indiquant pas d'autre, et qu'elle est possible, même avant la signification, la loi ne le prohibant pas; (*V.* la *Quest.* 395).

M. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 206 et 207, enseigne cette doctrine, qui a aussi été consacrée par un arrêt de la Cour d'Orléans, du 16 mars 1809 (*J. Av.*, t. 5 p. 283).]]

385. *Comment se fait la révocation de l'avoué?*

Elle se fait par un acte dans lequel l'avoué que la partie charge de son affaire, à la place de celui qu'elle avait constitué d'abord, déclare que cette dernière révoque celui-ci, et qu'il se constitue à sa place.

Cet acte doit être signifié tant à l'avoué révoqué qu'à ceux avec lesquels la partie se trouve en instance. (*V.* POTHIER, *Contrat de mand.*, chap. 5, art. 1er, § 6, n° 14.)

[[Point de difficulté là-dessus.]]

386. *Peut-on prouver par témoins la révocation de l'avoué?*

Il est certain, dit DUPARC-POULLAIN, t. 9, p. 297, que, sans commencement de preuve par écrit, la preuve de la constitution de l'avoué ni de sa révocation ne peut être admise.

[[Nous admettons cette opinion en faisant observer qu'il ne s'agit ici que de la preuve à faire contre l'avoué lui-même par sa partie, à raison du dommage qu'il aura causé, soit en ne se constituant pas malgré le pouvoir qu'il en avait reçu, soit en continuant d'agir, malgré la révocation de ce pouvoir.

Car, vis-à-vis de la partie adverse, la constitution et la révocation d'un avoué ne peuvent être établies que par des actes formels, tels que la loi les détermine. (*V.* la *Quest.* 382.) **Supp. alph.**, v° *Const. d'av.*, n. 34.

La révocation n'est même valable à son égard qu'autant qu'elle contient constitution d'un nouvel avoué. Jusque-là l'avoué révoqué continue son ministère, mais d'une manière purement passive; en sorte qu'il n'a le droit de faire, de son côté, aucun acte, aucune démarche, aucune poursuite, mais que toutes celles de l'adversaire sont valablement dirigées contre lui, comme l'enseignent, avec raison, MM. THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 185; BONCENNE, t. 2, p. 263, et BOITARD, t. 1, p. 326, et comme l'ont jugé les Cours de Grenoble, le 25 août 1832 (*S.*, t. 33, 2e part., p. 254), et de cass., le 2 juill. 1838 (*J. P.*, t. 2 de 1838, p. 302).]]

[[**386** bis. *Peut-on révoquer l'avoué dans l'intervalle qui sépare la prononciation de la signification du jugement?*

La Cour de Riom a jugé la négative par arrêt du 19 août 1826 (*J. Av.*, t. 33, p. 214). Ses motifs sont, en droit, que « la révocation et la nouvelle constitution supposent l'existence d'une instance que l'arrêt dont il s'agit de régler les qualités a pourtant terminée; qu'un arrêt définitif étant prononcé, l'opposition aux qualités, et le soutènement de l'opposition, paraissent attachés singulièrement et de droit aux avoués qui, pour leur client respectif, ont suivi les débats judiciaires, et qui étaient restés leurs avoués, lorsque l'arrêt a été rendu »; en fait que « l'acte de révocation et de constitution présenté dans l'espèce pèche par un défaut de pouvoir. »

La Cour de cassation a rejeté le pourvoi contre cet arrêt, le 24 mai 1830 (*J. Av.*, t. 39, p. 112).

En fait, la Cour de Riom ayant décidé que la procuration pour révoquer n'était pas valable, la Cour de cassation ne pouvait pas admettre le pourvoi; mais en droit ses motifs et ceux de la Cour de Riom nous paraissent erronés.

L'art. 75 accorde aux parties, sans distinction entre les diverses époques de la procédure, le droit de révoquer leurs avoués, pourvu qu'elles en *constituent un autre*. Aucune restriction ne peut être apportée à ce droit dont on conçoit toute l'importance : nul ne peut être forcé de conserver un mandataire; le mandat est essentiellement volontaire, et, si le premier mandataire devient notoirement indigne de la confiance du mandant, celui-ci sera-t-il donc forcé de la lui conserver? Nous ne le pensons pas, et nous persistons à croire que la Cour de Riom a mal jugé, et que la Cour de cassation aurait dû, en rejetant le pourvoi à cause du point de fait, ne pas approuver les motifs tirés du droit, quand la violation de l'art. 75 du Code de procédure civile était évidente. »]] **Supp.**, p. 108.

387. *Les procédures faites contre un avoué qui eût cessé d'occuper autrement que par révocation, par exemple, pour cause de décès, de démission, interdiction ou destitution, seraient-elles valablement faites contre lui, jusqu'à son remplacement, comme dans le cas de la révocation?*

L'art. 76, conforme à l'opinion de Rodier, sur l'art. 26 de l'ordonnance,

est conçu en termes limitatifs, et nous estimons, en conséquence, qu'en tous les cas ci-dessus posés, les procédures seraient arrêtées, et qu'il faudrait, avant tout, assigner en constitution de nouvel avoué, pour les continuer avec celui qui serait constitué. C'est d'ailleurs ce qui résulte des dispositions de l'art. 344.

[[Nous approuvons cette solution.]]

ART. 76. Si la demande a été formée à bref délai, le défendeur pourra, au jour de l'échéance, faire présenter à l'audience un avoué, auquel il sera donné acte de sa constitution. Ce jugement ne sera point levé; l'avoué sera tenu de réitérer, dans le jour, sa constitution par acte; faute par lui de le faire, le jugement sera levé à ses frais.

Tarif, 30, 80. — [Notre Comm. du Tarif, t. 1, p. 127, nos 5 à 7.] — Ordonnance de 1667, tit. 14, art. 5 et 6. — Code de proc., art. 72. — [Notre Dict. gén. de Proc., vis *Avoué*, nos 121 à 126, *Exploit*, n° 362. — Locre, t. 21, p. 258, n° 29. — QUESTIONS TRAITÉES : L'avoué du demandeur est-il obligé de faire les poursuites contradictoirement avec celui qui a été présenté à l'audience, et auquel il a été donné acte de sa constitution, encore bien qu'elle n'ait pas été réitérée dans le jour? *Q.* 388. — Est-on autorisé à présenter un avoué à l'audience, conformément à l'art. 76, lorsque l'assignation n'est pas donnée à bref délai? *Q.* 389. — L'acte qui doit être décerné de la constitution de l'avoué à l'audience, est-il l'objet d'un jugement préalable et distinct de celui que le tribunal, à cette audience, pourrait rendre préparatoirement ou définitivement sur la demande? *Q.* 390. — Mais est-il besoin que l'avoué réitère sa constitution dans le cas où le jugement qui intervient de suite est définitif? *Q.* 391.]

LXV. La disposition de cet article est de droit nouveau, et se fonde sur ce qu'en cette circonstance, où la demande est formée à bref délai, le défendeur n'a pas un moment à perdre pour se mettre en règle. (Rapport au Corps législatif.)

388. *L'avoué du demandeur est-il obligé de faire les poursuites contradictoirement avec celui qui a été présenté à l'audience, et auquel il a été donné acte de sa constitution, encore bien qu'elle n'ait pas été réitérée dans le jour?*

Dès que le tribunal a décerné acte de la constitution à l'avoué présenté à l'audience, cet acte produit tout l'effet de la dénonciation de la constitution ordinaire. L'avoué qui a fait la déclaration de se constituer est obligé de suivre la procédure, de même que l'avoué adverse est tenu de communiquer avec lui. C'est ce qui résulte des termes même de l'art. 76, qui n'exige de réitérer la constitution par acte qu'afin de la constater dans les pièces du procès, et pour éviter les frais plus considérables du lief du jugement qui en décerne acte. (*V.* DEMIAU-CROUZILHAC, p. 73.)

[[En effet, la constitution n'en est pas moins valable, quoique non réitérée dans le jour. Cette réitération ou l'expédition du jugement qui en tient lieu, n'ont pour but que d'en constater l'existence, et d'en laisser trace aux pièces du procès. C'est ce qu'enseignent aussi MM. THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 186; BONCENNE, t. 2, p. 261, et BOITARD, t. 1, p. 328, et ce qu'a jugé *in terminis* la Cour de Bruxelles, le 21 septembre 1831 (*J. Av.*, t. 45, p. 458).]] **Supp. alph.**, n. 26.

389. *Est-on autorisé à présenter avoué à l'audience, conformément à l'art. 76, lorsque l'assignation n'est pas donnée à bref délai?*

Il est évident, comme le fait observer M. DEMIAU-CROUZILHAC, p. 73, que la faveur de l'art. 76, pour les déclarations de constitution de l'avoué à l'audience, ne s'applique qu'aux assignations à bref délai. Le tribunal n'est donc pas autorisé à décerner acte de la constitution dans les autres cas, il doit donner défaut, et ne peut, qu'autant qu'il y a consentement de l'avoué adverse au no

de sa partie, se relâcher de cette juste sévérité, qui tend d'ailleurs à prévenir les abus signalés par l'auteur que nous venons de citer.

[[Cette solution évidente est enseignée par MM. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 207, et THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 186, et consacrée par arrêts des Cours de Rennes, 26 juin 1813 (*J. Av.*, t. 20, p. 403); d'Orléans, 2 décembre 1813 (*J. Av.*, t. 5, p. 333); et de Poitiers, 26 août 1836 (*J. Av.*, t. 51, p. 701).]]

390. *L'acte qui doit être décerné de la constitution de l'avoué à l'audience, est-il l'objet d'un jugement préalable et distinct de celui que le tribunal, à cette audience même, pourrait rendre préparatoirement ou définitivement sur la demande?*

Il nous semble que le texte de l'art. 76 suffit pour la décision de cette question, le jugement dont il parle, et qu'il déclare ne devoir être levé qu'autant que l'avoué ne réitérerait pas sa constitution par acte dans le jour, est évidemment un jugement préparatoire et de pure forme, qui décerne acte de la constitution à l'audience.

Ainsi, on a prévenu un abus qui résulterait de ce que l'acte serait décerné par le jugement même qui prononcerait sur la demande. Cet abus consisterait en ce que l'avoué qui négligerait de renouveler sa constitution par acte, serait obligé de lever à ses frais un jugement dont le retrait serait souvent très dispendieux, et se trouverait ainsi trop sévèrement puni de sa négligence.

[[Cette solution, que nous approuvons, suppose que la cause peut être entendue et jugée définitivement sur-le-champ; et, en effet, aucune loi ne s'oppose à ce qu'on traite ainsi les cas d'urgence, comme l'enseigne avec raison M. THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 186.]]

391. *Mais est-il besoin que l'avoué réitère sa constitution, dans le cas où le jugement qui intervient est définitif?*

On peut dire qu'il devient inutile, et par conséquent frustratoire, d'exiger la notification d'un acte d'occuper dans une instance terminée par jugement définitif. Mais nous répondons qu'il faut bien justifier de la constitution d'un avoué pour la rédaction des qualités et les suites à faire concernant l'exécution. Si l'avoué ne réitérait pas la constitution, il faudrait bien lever le jugement qui lui en décerne acte : autant vaut donc qu'il la réitère.

[[La Cour de Besançon l'a ainsi jugé, le 25 mai 1812 (*J. Av.*, t. 13, p. 189) et sa décision nous paraît fondée.]]

ART. 77. Dans la quinzaine du jour de la constitution, le défendeur fera signifier ses défenses, signées de son avoué; elles contiendront offre de communiquer les pièces à l'appui, ou à l'amiable, d'avoué à avoué ou par la voie du greffe (1

Tarif, 72, 91.—[Notre Comm. du Tarif, t. 1, p. 131 à 137, nos 25 à 39.]—Ordonnance de 1667, tit. 5 art. 1er, 3, tit. 11, art. 2.—Code de Proc., art. 81, 104, 405. — Règlement du 30 mars 1808, art. 70.— [Locré, t. 21, p. 530, n° 22, et p. 570, n° 35. — QUESTIONS TRAITÉES. Comment faut-il calculer le délai de quinzaine accordé par l'art. 77? *Q.* 391 *bis*.—Le défendeur qui aurait constitué avoué, pourdeur en puisse prendre communication, c'est ce qui se pratique fréquemment.

(1) *Par la voie du greffe :* le défendeur est libre de faire déclarer de suite qu'il a déposé les pièces au greffe, afin que le deman-

rait-il, sans signifier des défenses, ni observer le délai de quinzaine à ce destiné, sommer immédiatement d'audience? *Q.* 391 *ter.* — Si l'avoué du défendeur, croyant inutile de signifier un écrit de défenses, avait donné avenir pour plaider à l'audience immédiatement après la constitution, et qu'ensuite il signifiât cet écrit, l'avenir deviendrait-il nul et sans effet? *Q.* 392.] V. *infrà*, Q. 391 *quater.*

LXVI. Par cet article, dont l'objet est de donner au défendeur le temps convenable pour examiner la demande, le Code ne fait aucune distinction entre les matières sommaires et les matières ordinaires. Mais il n'est pas douteux, d'après l'art. 405, que la faculté de fournir défense est interdite dans les premières, comme elle l'était sous l'empire de l'ordonnance; d'un autre côté, l'ordonnance exigeait, pour les matières ordinaires, que les défenses fussent signifiées avant l'audience, afin d'éviter toute surprise, et, si elles ne l'avaient pas été, on refusait audience au défendeur, et l'on obtenait un défaut que l'on appelait *défaut faute de fournir défense.* Les auteurs du Code ont considéré qu'il était inutile d'imposer une semblable obligation, attendu que le défendeur ne faisait souvent signifier qu'une partie de ses moyens ; et, par ce motif, ils ont converti l'obligation en une pure faculté.

[[**391** bis. *Comment faut-il calculer le délai de quinzaine accordé par l'article 77 ?*

Il semble, à la simple lecture du texte, que ce délai doive commencer à courir du jour de la constitution, soit qu'elle ait été faite au jour même où expirait le délai de l'ajournement, soit qu'elle ait été faite avant ou après.

Cependant, nous croyons, avec MM. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 212, et THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 188, que le point de départ de ce délai de quinzaine doit être fixe, et coïncider avec l'expiration du délai de l'ajournement.

En effet, l'on ne peut supposer qu'en signifiant sa constitution quelques jours d'avance, le défendeur ait entendu renoncer au délai que la loi lui accorde pour préparer sa défense, et l'on ne peut admettre qu'en la signifiant plus tard, il ait eu le droit de proroger ces mêmes délais au détriment de son adversaire.

Si donc le demandeur avait laissé écouler, sans prendre de défaut, le délai entier de quinzaine après celui de l'ajournement, le défendeur qui constituerait alors son avoué, pourrait être immédiatement sommé d'audience, et réclamerait en vain un nouveau délai pour ses défenses.]] **Supp. alph.**, v° *Défenses*, n. 1.

[[**391** ter. *Le défendeur qui aurait constitué avoué pourrait-il, sans signifier de défenses, ni observer le délai de quinzaine à ce destiné, sommer immédiatement d'audience?*

Il le peut sans contredit. *V.* plus bas la *Quest.* 396.]]

Supp. alph., v° *Défenses*, n. 6 et 7. *Faut-il toujours des défenses? Doivent-elles être notifiées à toutes les parties?*

392. *Si l'avoué du défendeur, croyant inutile de signifier un écrit de défenses, avait donné avenir pour plaider à l'audience immédiatement après la constitution, et qu'ensuite il signifiât cet écrit, l'avenir deviendrait-il nul et sans effet ?*

Nous croirions que le demandeur ne serait pas obligé de se présenter à l'audience au jour indiqué par l'avenir. Pourquoi ne jouirait-il pas alors du délai que l'art. 78 lui donne pour faire signifier sa réponse? Serait-il juste qu'il dépendît ainsi du défendeur de l'en priver? Mais, s'il jugeait à propos de ne pas répondre, nous estimons qu'il pourrait se présenter à l'audience au jour indiqué par l'avenir, y plaider et y conclure. Mais le pourrait-il, dans le cas même où le défendeur, en signifiant son écrit, aurait déclaré se désister de la sommation d'audience précédemment signifiée? C'est l'opinion de quel-

ques jurisconsultes, fondée sur ce que le défendeur ne peut rendre sans effet, malgré sa partie adverse, une diligence dont celle-ci peut profiter; cependant nous croyons que toute partie est libre de rétracter un exploit ou autre acte de procédure qu'elle croit nul ou contraire à ses intérêts, pour suivre une autre marche, lorsque les choses sont entières, comme dans l'espèce de la question posée.

[[Ces diverses solutions nous semblent exactes.]]

ART. 78. Dans la huitaine suivante, le demandeur fera signifier sa réponse aux défenses.

[Notre Comm. du Tarif, t. 1, p. 131 à 137, nos 25 à 39.] — Ordonnance de 1667. tit. 14, art. 3. — Code de Proc., art. 82, 205, 1031.—Locré, t. 21, p. 530, n° 22, et p. 570, n° 35.—QUESTION TRAITÉE: De quel jour court la huitaine accordée par l'art. 78? *Q.* 393.]

LXVII. La brièveté de ce délai est fondée sur ce que le demandeur doit avoir réuni ses pièces et ses moyens dans les délais dont il a déjà joui.

393. *De quel jour court la huitaine accordée par l'art. 78?*

Elle ne court qu'à dater de l'expiration de la quinzaine donnée par l'art. 77, encore bien que les défenses aient été fournies auparavant.

[[Mais si elles n'ont été fournies que postérieurement (*V. Quest.* 394), c'est du jour de leur date que courra le délai de huitaine: car il n'est pas juste que le demandeur voie son propre délai restreint par le fait de son adversaire.]]

ART. 79. Si le défendeur n'a point fourni ses défenses dans le délai de quinzaine, le demandeur poursuivra l'audience sur un simple acte d'avoué à avoué.

Tarif, 70. — [Notre comm. du Tarif, t. 1, p. 137 à 143, nos 40, 44, 46 à 55, et 60.] — Code de Proc., art. 80, 405.—[Notre Dict. gén. de Proc., v° *Delibéré*, n° 32.—Locré, t. 21. p. 530, n° 22, et p. 570, n° 35. — QUESTIONS TRAITÉES : Le défendeur, qui n'a pas signifié ses défenses dans le délai de quinzaine que la loi lui accorde, peut-il réparer cette négligence après ce délai, si le demandeur n'a pas obtenu jugement? *Q.* 394.—Mais le défendeur pourrait-il, après le défaut prononcé, mais avant la signification du jugement, faire signifier ses défenses? *Q.* 395.—Le demandeur ou le défendeur pourrait-il, avant l'expiration du délai accordé à son adversaire, soit par l'art. 77, soit par l'art. 78, poursuivre valablement l'audience et obtenir jugement? *Q.* 395 *bis*.]

394. *Le défendeur qui n'a pas signifié ses défenses dans le délai de quinzaine que la loi lui accorde, peut-il réparer cette négligence après ce délai, si le demandeur n'a pas obtenu jugement?*

Nous croyons qu'il le peut, même après une sommation d'audience de la part du demandeur; mais la signification de l'écrit ferait courir, en faveur du demandeur qui voudrait en profiter, le délai de huitaine que la loi lui accorde pour signifier ses réponses. En ce cas, les frais de l'avenir nous paraîtraient devoir être à la charge du défendeur, si le demandeur fournissait son écrit de réponses. (*V.* DELAPORTE, t. 1, p. 93.)

[[Le délai de quinzaine n'est pas de rigueur : et, de même que le défendeur peut toujours constituer son avoué, tant que le demandeur n'a pas pris défaut contre lui (*V. suprà, Q.* 384), de même s'il a laissé expirer le délai de l'art. 77 sans fournir ses défenses, il pourra les signifier postérieurement tant que le demandeur ne lui en aura pas enlevé la faculté en le sommant d'audience, disent, sans aucun développement, MM. THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 188; BONCENNE, t. 2, p. 272, et BOITARD, t. 1, p. 336 et 338.—Du moment, ajoute-t-on en faveur de cette opinion, que la sommation a eu lieu après le délai

imparti, soit au demandeur, soit au défendeur, il y a présomption d'une renonciation tacite à bénéficier de ce délai : de la sommation il résulte que la partie intéressée a pris acte de cette renonciation. Donc un contrat judiciaire lie en ce cas le demandeur et le défendeur.

Ce raisonnement nous paraît trop rigoureux, et nous adoptons de préférence l'avis de M. Carré.]]

395. *Le défendeur pourrait-il, après le défaut prononcé, mais avant la signification du jugement, faire signifier ses défenses?*

C'est l'opinion de M. DELAPORTE, t. 1, p. 93, fondée sur ce qu'il est de principe que le défaut non signifié est censé ne pas exister. « Le défendeur, « ajoute cet auteur, devrait seulement alors se déclarer opposant à tout jugement qui aurait pu être obtenu par défaut. Dans ce cas, le demandeur ne « devrait ni lever, ni faire signifier le défaut...., cette signification n'entrerait « point en taxe. »

Nous ne trouvons dans le Code, aucune disposition qui puisse contrarier cette décision. Si les art. 157 et 158 ne font courir le délai de l'opposition que du jour de la signification, ce n'est pas un motif pour que l'on puisse s'opposer avant cette signification. On ne pourrait argumenter des dispositions de l'art. 161 sur la forme de l'opposition; car l'écrit de défenses n'est autre chose qu'une requête motivée, qui est telle que l'exige cet article, si elle contient déclaration de s'opposer à un jugement rendu par défaut. L'art 161 démontre la vérité de cette assertion, puisqu'il dispense de motiver la requête d'opposition, lorsqu'un écrit de défenses ayant été fourni, l'opposant déclare employer les moyens qu'il y a consignés comme moyens d'opposition.

De cette décision il résulte, comme le dit M. Delaporte, que l'écrit de défenses étant ainsi notifié, avec déclaration du défendeur de se porter opposant, le jugement par défaut ne doit être ni levé, ni signifié par celui qui l'aurait obtenu; cependant nous ajouterons que le lief et la signification de ce jugement ne pourraient être justement considérés comme frustratoires, qu'autant qu'il fût démontré qu'ils auraient eu lieu, lorsque la partie eût eu connaissance de la signification de l'écrit de défenses contenant opposition (1).

[[Cette décision revient à dire, comme nous l'avons déjà reconnu sous la *Quest.* 384 *bis*, que l'opposition à un jugement par défaut peut être formée avant la signification. Elle ne dérive donc pas du principe invoqué par M. De-

---

(1) Une autre difficulté pourrait se présenter à l'occasion de la question que nous venons d'examiner; c'est celle-ci : la partie qui a obtenu le jugement par défaut, et qui l'a signifié, pourrait-elle, si, sur cette signification, le défaillant ne renouvelait pas l'opposition déclarée dans son écrit de défenses, le faire débouter de cette opposition, soit parce qu'il eût dû la renouveler, soit parce qu'il n'aurait pas désigné par la date, dans son écrit, le jugement auquel il se serait opposé?

Nous ne le pensons pas. Puisque l'opposition déclarée dans l'écrit de défenses est légalement formée, rien n'oblige le défaillant à la renouveler après la signification du jugement; et si, dans cette opposition, il n'a pas désigné par sa date le jugement qu'il attaque, il suffit, pour que l'opposition soit valable, que celui qui a obtenu défaut ne puisse prouver qu'il soit intervenu, entre lui et le défaillant, un autre jugement par défaut, auquel puissent s'appliquer, ce qui serait impossible, les moyens de défenses consignés dans l'écrit.

Mais il faut convenir qu'il vaudrait mieux s'opposer suivant les formes prescrites par la loi. (*V.* les questions analogues traitées, par rapport à l'appel, sur l'art. 456.)

[Nous sommes aussi de cet avis.]

laporte, et qui nous paraît inexact. C'est le principe contraire qui la domine.]]

[[**395** bis. *Le demandeur ou le défendeur pourrait-il, avant l'expiration du délai accordé à son adversaire, soit par l'art. 77, soit par l'art. 78, poursuivre valablement l'audience et obtenir jugement?*

Nul doute que, si l'adversaire du poursuivant se présentait à l'audience et ne réclamait point le bénéfice du délai, le jugement contradictoire obtenu contre lui serait valable.

Mais si on le jugeait malgré sa réclamation ou sur son défaut, le jugement serait nul, ainsi que nous l'avons décidé, *Quest.* 621 *quater*. On peut invoquer le sentiment de M. BONCENNE, t. 2, p. 272, et un arrêt de la Cour de Bordeaux du 9 juill. 1828 (*J. Av.*, t. 36, p. 24).]]

ART. 80. Après l'expiration du délai accordé au demandeur pour faire signifier sa réponse, la partie la plus diligente pourra poursuivre l'audience sur un simple acte d'avoué à avoué; pourra même, le demandeur, poursuivre l'audience après la signification des défenses, et sans y répondre.

[Notre comm. du Tarif, t. 1, p. 139, n° 45.] — Code de Proc., art. 154.—Règlement du 30 mars 1808, art. 28, 29, 33, 69.—[Locré, t. 21, p. 407, n° 49, p. 530, n° 22, et p. 570, n° 35. — QUESTION TRAITÉE : L'ancienne maxime, que *les délais sont établis en faveur des deux parties*, est-elle applicable depuis la publication du Code de procédure, en sorte qu'aucune des parties ne puisse les anticiper en sommant d'audience? *Q.* 396.]

LXVIII. Cette disposition concourt avec celle de l'art. 79 à l'abrogation de la 2e partie de l'art. 5 de l'ordonnance.

396. *L'ancienne maxime, que les délais sont établis en faveur des deux parties, est-elle applicable depuis la publication du Code de procédure, en sorte qu'aucune des parties ne puisse les anticiper en sommant d'audience?*

C'est une maxime générale, dit DUPARC-POULLAIN, t. 9, de ses *Principes*, p. 43, que les délais sont en faveur du demandeur comme du défendeur; lequel, par cette raison, n'a pas droit d'obliger le demandeur d'anticiper les délais. Il serait à souhaiter, ajoute-t-il, que cette maxime absurde fût abrogée, parce qu'elle n'a aucun motif d'équité. RODIER, sur l'art. 4 du tit. 3 de l'ordonnance, 5e question, appliquait cette maxime, comme fondée sur les derniers termes de l'art. 5 de ce titre de l'ordonnance. Il suffit, suivant nous, de lire les art. 75 et suivants du Code, pour reconnaître qu'il substitue à l'ancienne maxime dont il s'agit, cette autre, plus juste dans ses conséquences, que, les délais étant établis en faveur des parties, chacune d'elles a la faculté d'anticiper ceux *qui lui sont accordés*. Ainsi, l'on ne peut plus dire que le défendeur puisse forcer le demandeur à anticiper les délais établis en sa faveur, ni que celui-ci puisse forcer l'autre à anticiper ceux que la loi lui accorde dans son intérêt propre; mais chacun peut anticiper les délais qui ne sont fixés que pour son avantage, suivant la règle de droit: *unicuique licet juri in favorem suum introducto renuntiare.*

Ainsi, par exemple, le défendeur qui a constitué avoué avant l'expiration des délais d'ajournement peut, de suite, sommer d'audience, parce que le délai pour comparaître n'est accordé que dans son intérêt, et non dans celui du demandeur, qui doit toujours être prêt (*Voy.* DELAPORTE, t. 1, p. 94). Par le même motif, il peut également dénoncer l'audience avant l'expiration du

délai, pour fournir défenses; comme le demandeur le pourrait, à son tour, avant l'échéance de celui que la loi lui accorde pour signifier ses réponses : c'est ce qu'expriment, au surplus, pour les deux derniers cas, les art. 79 et 80 du Code de procédure.

[[Que le demandeur puisse anticiper le délai à lui accordé par l'art. 78, c'est ce que dispose formellement l'art. 80; que le défendeur puisse, à son tour, anticiper celui que lui accorde l'art. 77, c'est encore le texte précis de l'art. 154, qui lui donne le droit de poursuivre l'audience, sans notifier de défenses écrites.

Mais que ce même défendeur, puisse anticiper les délais légaux de l'assignation, c'est ce que nous ne voyons dans aucune loi. Le principe que ces délais sont établis dans l'intérêt des deux parties nous paraît exact et juste; nous l'avons déjà invoqué au titre des *Ajournements* sous la *Quest.* 321.

En effet, le demandeur qui donne rendez-vous à son adversaire au jour fixé par la loi, n'entend pas comparaître lui même à un jour plus rapproche; le défendeur, qui poursuit de son chef l'audience, devient par là demandeur, et, en cette qualité, il doit observer les prescriptions légales.

Nous lui avons permis, il est vrai, d'anticiper le délai extra-légal, que le demandeur aurait pu indiquer dans son assignation; mais c'est précisément parce que, le délai légal étant dans l'intérêt des deux parties, il nous semble qu'il ne dépend d'aucune d'elles, ni de l'abréger, ni de le proroger.

Il est encore vrai que la loi permet à chaque partie, de restreindre les délais qui lui sont accordés pour se défendre. Mais, puisqu'il a fallu des dispositions expresses pour cela, nous en concluons qu'il ne faut pas étendre leurs effets à un cas pour lequel la loi ne les a pas renouvelées. Cependant nous devons avouer que l'opinion contraire a été adoptée par la Cour supérieure de Bruxelles, le 5 mars 1832 (*J. Av.*, t. 45, p. 445), et par la Cour de Bordeaux, le 16 août 1833 (*J. Av.*, t. 54, p. 361. Ces arrêts décident que le défendeur peut anticiper son assignation. Cependant cette dernière Cour avait une raison de plus d'adopter la notre, parce que, jugeant en matière sommaire, elle devait appliquer l'art. 405 du Code de procédure, qui porte que le jugement sera prononcé après les délais de la citation *échus.*]] **Supp. alph.**, v° *Défenses*, n. 11 et 12.

ART. 81. Aucunes autres écritures ni significations n'entreront en taxe.

[Notre Comm du Tarif, t. 1, p. 140 à 143, n°s 56 à 59.]—Ordonnance de 1667, tit. 14, art. 3.— Code de Proc., art. 82, 105. 1031.—[Locré, t. 21. p. 258, n° 30; p. 530, n° 22; et p 570, n° 35. — QUESTIONS TRAITÉES : Les parties, qui auraient omis quelques moyens dans leurs écrits, pourraient-elles remettre aux juges des précis, observations ou mémoires particuliers qui n'entreraient point en taxe? *Q.* 397. — Peut-on, dans le cours d'une instance, obtenir le rejet d'un écrit, sous le prétexte qu'il traite d'objets étrangers à la cause? *Q.* 398.]

LXIX. La conséquence nécessaire de cette disposition, c'est que toutes écritures et significations, autres que les deux écrits de défense et de réponse, restent *comme frustratoires*, au compte des officiers qui les auraient faites, à moins qu'ils n'y aient été formellement autorisés par leur partie, auquel cas ils ont recours contre elle (Art. 1031). L'orateur du Gouvernement faisait, avec raison, remarquer qu'on n'eût pu, sans compromettre l'intérêt de l'une ou de l'autre des parties, exiger moins que les deux écrits que la loi autorise.

397. *Les parties, qui auraient omis quelques moyens dans leurs écrits, pourraient-elles remettre aux juges des précis, observations ou mémoires particuliers qui n'entreraient point en taxe?*

M. COMMAILLE, t. 1, p. 149, estime qu'elles ont cette faculté; mais M. DEMIAU-

CROUZILHAC, p. 76, signale les abus qui en résulteraient, et pense, avec raison, que le juge manquerait à ses devoirs s'il recevait des écrits additionnels qui lui présentassent des moyens dont la partie adverse n'aurait pas été instruite, et qui, d'ailleurs, mettraient à la charge de la partie au nom de laquelle ils seraient produits des frais qu'il n'était peut-être pas en son intention de faire.

Les raisons données par M. Demiau nous paraissent bien fondées; mais nous y ajouterions que l'art. 111 du Code de procédure, et l'art. 86 du règlement de 1808, viennent appuyer son opinion. En effet, en ne permettant de remettre directement un écrit au juge que dans le cas d'un rapport fait après une instruction par écrit, ou lorsque le ministère public a été entendu, et en bornant cet écrit à de simples *notes* énonciatives des faits sur lesquels les parties prétendraient que le rapport du juge ou le réquisitoire du ministère public serait incomplet ou inexact, ces articles annoncent qu'il n'est pas dans la volonté du législateur que les parties remettent directement au juge aucun écrit, à quelque titre que ce soit, même de simples notes.

[[Nous ne pouvons adopter cette opinion qui est contraire à ce qui se pratique devant tous les tribunaux, soit judiciaires, soit administratifs.

Qu'il soit de la loyauté d'une partie de ne rien faire passer aux juges, sans le communiquer à son adversaire, que les juges eux-mêmes exigent cette communication, et réprimandent les officiers ministériels qui auraient oublié ce devoir de convenance, nous le concevons. Mais empêcher la vérité de parvenir sous le prétexte *qu'il est trop tard*, cette conséquence de l'art. 81 nous paraît inadmissible. Les résumés de plaidoiries, les précis imprimés sont souvent non-seulement utiles mais indispensables, lorsque le jugement est retardé par une cause étrangère aux deux parties.

Quant à la considération tirée de ce que la partie n'aurait pas eu l'intention de faire de semblables frais, ce sera au juge taxateur à examiner si l'écrit produit l'a été frustratoirement.

Voy. notre *Commentaire du Tarif*, t. 1, p. 142 et 143, nos 57 et 58, et l'arrêt du 9 juillet 1838, cité à notre *Quest.* 414.

La discussion au conseil d'Etat est trop positive pour que nous n'en rapportions pas les termes :

« M. Defermon demande que, pour mieux assurer l'effet de la disposition, l'article décide formellement que l'avoué ne pourra répéter, même contre son client, les écritures qui ne seront pas entrées en taxe.

« M. l'archichancelier dit qu'on ne peut empêcher un citoyen de faire écrire pour sa défense, ni, par suite, le dispenser de payer son défenseur.

« M. Treilhard fait observer qu'il ne peut être question ici des consultations, ni des mémoires ou autres écrits, rédigés par des avocats. Ces défenses n'entrent pas en taxe; mais que, si une partie, après avoir épuisé les écritures qui y entrent, s'aperçoit qu'elle a oublié de faire valoir une partie de ses moyens, ou de produire toutes les pièces nécessaires à sa cause, il doit lui être permis de réparer cette omission. Il faut cependant que ce soit à ses frais, et qu'elle s'arrange, à cet égard, comme elle voudra avec son procureur. »]]

Supp. alph., v° *Défenses*, n. 15.

398. *Peut-on, dans le cours d'une instance, obtenir le rejet d'un écrit, sous le prétexte qu'il traite d'objets étrangers à la cause?*

Une partie peut, dans le cours d'une instance, fournir, par les voies légales, les écrits et mémoires qu'elle juge utiles à l'éclaircissement ou au développement de ses moyens. Ce n'est qu'en rendant jugement que l'on peut reconnaître si l'écrit concerne les véritables points de la discussion, ou s'il y est

étranger, sauf l'application des règlements sur la taxe des dépens à cet égard. (Rennes, 3e chambre, 16 juillet 1817.)

[[Cela est clair.]]

ART. 82. Dans tous les cas où l'audience peut être poursuivie sur un acte d'avoué à avoué, il n'en sera admis en taxe qu'un seul pour chaque partie.

Tarif, 70.—[Notre Comm. du Tarif. t. 1, p. 138, nos 41 à 44.]—Code de Proc., art. 154, 1031. — [Locré, t. 21, p. 408, n° 50. — QUESTION TRAITÉE : La partie qui, après avoir appelé à l'audience pour plaider sur le principal, voudrait la poursuivre pour élever un incident, pourrait-elle, à ce sujet, donner un second avenir qui passerait en taxe? *Q.* 399.] V. *infrà*, Q. 399 *bis*.

399. *La partie qui, après avoir appelé à l'audience pour plaider sur le principal, voudrait la poursuivre pour élever un incident, pourrait-elle à ce sujet donner un second avenir qui passerait en taxe?*

Si l'art. 82 ne permet qu'un seul avenir, c'est pour le cas où la cause est remise, soit pour continuation de plaidoiries, soit pour la prononciation du jugement après délibéré. Alors les avoués sont censés instruits, par les jugements préparatoires qui ordonnent la remise ou le délibéré, des jours auxquels ils doivent revenir à l'audience; mais si, dans l'intervalle, il devenait nécessaire de faire prononcer sur un incident, nous ne croirions pas que l'on pût rejeter de la taxe l'avenir donné à cet effet, l'urgence étant toutefois reconnue (1). (DELAPORTE, t. 1, p. 95).

[[Nous partageons, sans difficulté, cet avis.]]

Supp. alph., v° *Défenses*, n. 14. *Question provenant du refus de signature d'une transaction intervenue en chambre du Conseil.*

TITRE IV.

De la Communication au ministère public.

Par ces expressions, *ministère public*, on entend les fonctions d'une magistrature particulière, placée près de l'autorité judiciaire pour requérir et maintenir, au nom du Roi, l'exécution des lois, veiller à tout ce qui intéresse l'ordre public, les droits du Monarque, et les personnes incapables de se défendre par elles-mêmes.

Elle est exercée, dans les tribunaux civils d'arrondissement, par les procureurs du Roi, et, dans les Cours royales, par les procureurs-généraux.

Sa Majesté n'a point de procureur près les justices de paix et les tribunaux de commerce.

On se sert souvent de ces mêmes expressions, *ministère public*, pour désigner les personnes qui l'exercent. C'est ainsi que l'on dit, comme dans la rubrique de ce titre, *communication au ministère public*, comme dans l'art. 114 du Code civil, LE MINISTÈRE PUBLIC *est chargé de veiller aux intérêts des personnes*

---

(1) Au surplus, le rapporteur de la loi au Corps législatif a fait observer que la procédure n'était restreinte, comme elle l'est par les dispositions qui précèdent, que pour les causes qui ne présentent ni complication, ni incident, ni interlocutoire, et qui sont susceptibles, par cette raison, d'être jugées, soit sur plaidoiries, soit sur délibéré.

[D'où la plupart des auteurs, et notamment MM. THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 193, et BOITARD, t. 1, p. 342 et 344, concluent avec raison que les dispositions des art. 81 et 82 ne doivent être regardées que comme de fortes recommandations au juge taxateur de se montrer sévère à l'égard des actes dont l'utilité ne serait pas reconnue.]

présumées absentes; il sera entendu, etc.; enfin, comme dans l'art. 249 du Code de procédure, *aucune transaction sur la poursuite du faux incident ne pourra être exécutée, si elle n'a été homologuée après avoir été communiquée au* MINISTÈRE PUBLIC.

En matière civile, le ministère public agit, dans certaines affaires, *par voie de réquisition* ou *comme partie jointe.*

Il agit par voie d'*action* lorsqu'il est, par exception à la disposition générale de l'art. 2, tit. 8, de la loi du 20 août 1790, autorisé à porter et à poursuivre lui-même une action devant les tribunaux.

Il agit par voie de *réquisition*, lorsque la loi exige qu'il soit entendu dans une instance introduite par une partie.

C'est dans ce cas que l'on dit qu'une affaire est *communicable*, parce qu'il est nécessaire, pour que le ministère public soit entendu, qu'on lui communique les pièces, les titres et les écrits des parties.

Cette communication doit, dans tous les cas, lui être faite avant l'audience, et même trois jours auparavant, si la cause est contradictoire. (Rég. du 30 mars 1808, art. 13.)

Le tit. 4 du liv. 2, 1re partie, du Code de procédure civile, détermine, *en général*, quelles sont les causes sujettes à communication; il déclare telles toutes les affaires qui intéressent des établissements publics, l'état des personnes, les individus qui ne peuvent par eux mêmes pourvoir à leurs intérêts. (Art. 83.)

Cependant il est plusieurs circonstances dans lesquelles la loi exige l'intervention ou l'audition du ministère public, encore bien qu'elles ne soient pas mentionnées dans l'art. 83, soit qu'elles se rattachent d'une manière quelconque, soit qu'elles n'aient aucun rapport, ou qu'un rapport indirect, aux cas prévus en cet article.

On peut voir à ce sujet :

Code civil, art. 53, 99, 114, 184, 200, 360, 491, 515.

Code de procédure, art. 47, 227, 249, 251, 311, 359, 371, 385, 394, 498, 668, 762, 782, 795, 805, 856, 858, 863, 879, 885, 886, 891, 892, 900, 1039.

[[Voyez la même énumération dans MM. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 239, et BONCENNE, t. 2, p. 281 à la note; voyez aussi, au *J. Av.*, t. 53 p. 530, une dissertation dans laquelle M. Achille Morin, avocat à la Cour de cassation, donne une nomenclature complète et raisonnée de toutes les causes où l'audition du ministère public est requise, en indiquant, sur chacune, les motifs d'intérêt public ou privé, qui ont fait exiger cette formalité.]]

Le ministère public peut, au surplus, requérir la communication de toute cause dans laquelle il croit son ministère intéressé, et le tribunal peut même ordonner cette communication d'office. (Art. 83.)

S'agit-il de la cause d'un indigent, des intérêts d'un militaire en activité de service, de ceux d'une veuve? Craint-on quelques influences, quelque collusion? Existe-t-il des imputations de dol ou de fraude? Telles sont entre autres les circonstances dans lesquelles il est du devoir du ministère public d'user de la faculté dont nous venons de parler.

Le ministère public ne peut, en cas d'absence ou d'empêchement, être remplacé que par l'un des juges ou suppléants du tribunal. (Art. 84.) (*V.* nos questions sur cet article.)

La sanction de toutes les dispositions par lesquelles la loi déclare une affaire communicable, se trouve dans l'art. 480, dont le § 8 donne ouverture à requête civile, si le ministère public n'a pas été entendu.

[[Voyez notre observation au nº LXX (1).]]

---

(1) *V.*, sur les attributions, les droits et les devoirs du ministère public en général, et de chacun de ses officiers, notre *Traité d'Organisation et de Compétence*, liv. 1, tit. 2. [*V.* aussi notre *Distionn. général de Procédure*, vº *Ministère public*, nºs 1 à 40.]

ART. 83. Seront communiquées au procureur du roi les causes suivantes :

1° Celles qui concernent l'ordre public, l'Etat, le Domaine, les communes, les établissements publics, les dons et legs au profit des pauvres;

2° Celles qui concernent l'état des personnes et les tutelles;

3° Les déclinatoires sur incompétence;

4° Les règlements de juges, les récusations et renvois pour parenté et alliance;

5° Les prises à partie;

6° Les causes des femmes non autorisées par leurs maris, ou même autorisées, lorsqu'il s'agit de leur dot et qu'elles sont mariées sous le régime dotal; les causes des mineurs, et généralement toutes celles où l'une des parties est défendue par un curateur;

7° Les causes concernant ou intéressant les personnes présumées absentes;

Le procureur du roi pourra néanmoins prendre communication de toutes les autres causes dans lesquelles il croira son ministère nécessaire; le tribunal pourra même l'ordonner d'office.

Tarif, 90.—[Notre Comm. du Tarif, t. 1, p. 146 à 149, n°s 1 à 7.]—Loi du 24 août 1790, tit. 8, art. 3 —Code de Proc., art. 480, § 8, et nos questions sur les art. 130, 141, 150, 480, 515. — [Règlement du 30 mars 1808, art. 83, 84, 87.—Notre Dict. gén. de Pr., v^is *Absence*, n° 48, *Conclusions*, n°s 1 à 9, 20; *Exceptions*, n°s 255 à 257, 304 *bis*; *Jugement*, n° 372; *Ministère public*, n°s 11 à 17, 22, 23, 25, 41 à 46, 48 à 53 à 56, 59 à 70, 72, 73; *Plaidoiries*, n°s 21 à 23; *Saisie immobilière*, n° 515.—Devilleneuve, v° *Ministère public*, n°s 1 à 19, 30 à 46. — Armand Dalloz, *eod.*, n°s 92 à 139, 230 à 267. — Carré, *Comp.*, 2e part., liv III, tit. 1er, art. 310, n° CC, éd. in-8°, t. 5, p. 338; *Q.* 378, *passim*; t. 5, p. 366; et art. 317, *Q.* 429, à la note, t. 6, p. 209. — Locré, t. 21, p. 259, n° 32; p. 408, n° 51; p. 492, n° 185, et p. 571, n° 36. — QUESTIONS TRAITÉES : Lorsque les causes qui intéressent l'Etat, le domaine, les communes, les établissements publics, ou qui ont pour objet des dont et legs au profit des pauvres, ne concernent que l'administration et les revenus, et non la propriété du fonds, sont-elles également sujettes à communication? *Q.* 400. — Quelles sont les causes qui concernent l'état des personnes et les tutelles? *Q.* 401. — La cause n'est-elle rigoureusement communicable que dans le cas où il s'agit d'incompétence *ratione materiæ?* *Q.* 402. — Ne doit-on communiquer, en fait de récusation, que lorsqu'il s'agit de récusation de juges? *Q.* 403. — La cause est-elle communicable, lorsque la femme mariée sous le régime dotal, et autorisée par son mari, plaide pour ses biens paraphernaux? ou pour un bien dotal aliénable? *Q* 404 — La cause est-elle communicable, lorsqu'elle intéresse un individu pourvu de conseil judiciaire? *Q.* 405.—De ce que le § 7 de l'art. 83, prescrit de communiquer les causes concernant ou intéressant les personnes présumées absentes, s'ensuit-il qu'on ne puisse procéder valablement contre l'absent, et obtenir un jugement par défaut, si son absence n'a pas été dénoncée à la justice? *Q.* 406.—Est-il nécessaire que le ministère public soit entendu dans les causes des militaires majeurs qui sont en activité de service? *Q.* 407.—Dans les causes qui intéressent les personnes dont l'absence a été déclarée, l'audition du ministère public n'est-elle plus nécessaire? *Q.* 407 *bis*.—La communication au ministère public, est-elle nécessaire pour faire déclarer exécutoire une sentence arbitrale? *Q.* 408. — Doit-on communiquer au ministère public, dans le cas prevu par l'art. 83, encore bien que l'affaire soit sommaire? *Q.* 409. — Les causes sont-elles communicables, lorsque le tribunal civil est saisi d'une affaire commerciale? *Q.* 410. — Si l'une des parties néglige de communiquer au ministère public, dans le délai fixé par l'art. 83 du règlement du 30 mars 1808, la partie adverse devra-t-elle lui faire sommation de remplir cette formalité, ou bien le procureur du roi sera-t-il autorisé à porter la parole sur les pièces de la partie qui aurait communiqué? *Q.* 411.—Le ministère public peut-il refuser de prendre communication lorsque le tribunal l'ordonne d'office? *Q.* 412.—Lorsque la cause n'est pas communicable, d'après les dispositions de la loi, le ministère public, sous prétexte du droit qu'il a d'exiger la communication en toute affaire, et le tribunal, sous prétexte de la faculté qu'il a d'ordonner cette communication, pourraient-ils différer les plaidoiries? *Q.* 413.—Le magistrat qui exerce le ministère public peut-il prendre de son chef des conclusions que les parties n'auraient pas prises elles-mêmes? Celles-ci peuvent-elles en prendre de nouvelles après son audition? Jusqu'à quelle époque de l'instance le peuvent-elles? Faut-il nécessairement les signifier avant l'audience? *Q.* 414. — En quelle forme le ministère public doit-il donner ses conclusions? *Q.* 414 *bis*.—Quels sont les effets du défaut de conclusions du ministère public dans

le cas où elles étaient requises? Qui peut réclamer le bénéfice de ces effets? Par quelle voie? Comment l'accomplissement de la formalité doit-il être constaté? *Q.* 414 *ter.*] (1)

LXX. Le défaut de communication, dans les causes où cet article et toutes autres dispositions prescrivent la communication au ministère public, entraîne quelquefois de graves inconvénients. Par exemple, le jugement rendu en dernier ressort contre celui pour qui la communication est ordonnée pourrait, si elle n'avait pas eu lieu, être rétracté sur sa requête, ainsi qu'il est réglé au titre de la requête civile. Les anciennes lois, et particulièrement l'ordonnance de 1667, avaient également une disposition formelle à ce sujet. (*Rapport au Corps lég.*)

[[Sous nos lois nouvelles, cette décision a donné lieu à des difficultés que nous examinerons à l'art. 480, 8°.]] **Supp. alph.**, v° *Communic. au Min. publ.*, n. 42 et suiv.

PREMIÈRE DISPOSITION.

400. *Lorsque les causes qui intéressent l'Etat, le domaine, les communes, les établissements publics, ou qui ont pour objet des dons et legs au profit des pauvres, ne concernent que l'administration et les revenus, et non la propriété du fonds, sont-elles également sujettes à communication?*

Oui, puisqu'à la différence de l'ancienne jurisprudence, la loi ne fait aucune distinction. (*V.* PIGEAU, t. 1, p. 224.) (2)

[[Cela est hors de toute contestation. M. PIGEAU l'enseigne aussi dans son *Comm.*, t. 1, p. 232, excepté néanmoins le cas où il s'agirait du revenu d'un mineur émancipé.]] **Supp. alph.**, *verb. cit.*, n. 5 et 6.

SECONDE DISPOSITION.

401. *Quelles sont les causes qui concernent l'état des personnes et les tutelles?*

Ce sont, par exemple, celles relatives aux excuses qui auraient été propo-

---

(1) **JURISPRUDENCE.**

[Nous pensons que :

1° Il n'est pas nécessaire que le ministère public soit entendu dans le jugement rendu entre majeurs sur des moyens de nullité proposés contre une procédure en saisie immobilière. Limoges, 27 mars 1816 (*J. Av.*, t. 15, p. 400);

2° Ni lors du jugement d'adjudication. Cassat., 21 floréal an IX (*J. Av.*, t. 20, p. 1);

3° Il en serait autrement si des mineurs étaient intéressés dans les poursuites en expropriation forcée. Cassat., 26 avril 1809, 30 octobre 1811 (*J. Av.*, t. 20, p. 190);

4° Un jugement rendu sur une instance dans laquelle des écritures ont été déniées n'est pas nul, quoique le ministère public n'ait pas été entendu. Cassat., 5 juin 1833 (*J. Av.*, t. 45, p. 746);

5° Dans une demande en restitution d'intérêts usuraires, et lorsqu'il n'y a pas habitude d'usure, l'audition du ministère public n'est pas exigée. Cassat., 9 février 1836 (*J. Av.*, t. 50, p. 245).

6° La demande tendant à obtenir, par la voie civile, la réparation d'un délit ou quasi-délit, n'est pas dans la catégorie des causes intéressant l'ordre public, qui doivent nécessairement être communiquées au ministère public. Cassat., 8 août 1837 (*J. Av.*, t. 53, p. 601, et *J. P.*, t. 2 de 1837, p. 615)

7° Le ministère public n'est pas tenu d'assister à une descente de lieux dans une cause intéressant une commune, et où il ne figure que comme partie jointe. Cassat., 2 janvier 1834 (*J. Av.*, t. 47, p. 487).]

(2) Toute cause qui concerne un interdit est également communicable, puisque la loi l'assimile au mineur.

[Mais pour que le défaut de présence du ministère public entraîne la nullité, il ne suffit pas que des mineurs ou des individus jouissant des priviléges de la minorité, aient quelque intérêt à la décision : il faut qu'ils y soient parties. Ainsi cette présence ne serait pas nécessaire dans une instance en nullité de testament dirigée contre le légataire universel majeur, encore qu'il y ait des legataires particuliers mineurs, au profit desquels le majeur demande la délivrance de leurs legs, si d'ailleurs ils ne sont pas en cause. Cassat., 23 brumaire an XIV (*S.*, t. 16, p. 754, et MERLIN, *Répert.*, t. 8, p. 247, § 4)]

sées par le tuteur, et rejetées par le conseil de famille (*V.* Code civil, art. 440), aux destitutions et exclusions de la tutelle (art. 448); les demandes en interdiction ou à fin de nomination d'un conseil judiciaire, les contestations qui s'élèveraient sur l'émancipation ou la non-émancipation des mineurs. (*Voy.* PIGEAU, t. 1, p. 224; Code civil, art. 440, 448.)

[[M. Carré n'énumère ici que les causes relatives aux tutelles.

On appelle questions d'état celles où s'agitent les droits de famille ou de cité. (*V.* M. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 232 et suivantes.)]]

TROISIÈME DISPOSITION.

102. *La cause n'est-elle rigoureusement communicable que dans le cas où il s'agit d'incompétence* RATIONE MATERIÆ ?

M. PIGEAU, t. 1, p. 224, dit, d'une manière absolue, que la différence notable qui existe entre l'incompétence en raison de la matière, et l'incompétence en raison de la personne, autorise à décider que la première *seule* exige la communication au ministère public, parce qu'elle est d'ordre public. Les auteurs du *Praticien français*, t. 1, p. 344, se fondant également sur la différence que les art. 169 et 170 établissent entre les deux sortes d'incompétence, se bornent à en conclure qu'il faut entendre la disposition du § 3 de l'art. 83 en ce sens : *Que le ministère public doit être entendu dans tous les déclinatoires sur incompétence* RATIONE MATERIÆ ; *mais que, dans ceux qui ne proviennent que des personnes, il ne devrait, à la rigueur, porter la parole que lorsque la partie propose l'exception.*

Nous remarquerons que, nonobstant les différences qui dérivent des articles 169 et 170 entre l'incompétence en raison de la personne, et l'incompétence en raison de la matière, l'art. 83 n'a fait aucune distinction; que la preuve qu'il n'a voulu en établir aucune résulte de ce que l'art. 75 du projet du Code portait, § 3, que la communication aurait lieu pour *les déclinatoires sur l'incompétence en raison de la matière;* restriction qui n'a point été répétée par le Code : d'où suit qu'il n'est pas douteux que tout déclinatoire doit être communiqué (1). (Arrêt de Rennes, du 12 mai 1813, *J. Av.*, t. 16, p. 773.)

---

(1) La seule conséquence que nous voudrions tirer des art. 169 et 170, c'est que, ces articles considérant l'incompétence en raison de la personne comme ne tenant qu'à l'intérêt privé, disposant qu'elle doit être proposée *in limine litis*, et conséquemment qu'elle est couverte par la procédure volontaire des parties, le ministère public ne peut requérir communication à l'effet de la *suppléer d'office :* ce qu'il doit faire lorsqu'il s'agit d'une incompétence en raison de la matière, qui intéresse l'ordre public, qui peut être proposée en tout état de cause, et que le tribunal lui-même devrait suppléer, si les parties gardaient le silence.

Mais, dès que le déclinatoire en raison de la personne est opposé, nous croyons que les termes généraux de l'art. 83 imposent au ministère public l'obligation rigoureuse de porter la parole.

Néanmoins, s'il s'agissait d'un déclinatoire fondé sur la litispendance ou la connexité, quoique l'incompétence ne fût pas en raison de la matière, nous dirions, avec les auteurs du *Praticien*, t. 1, p. 335, et c'est aussi l'opinion de plusieurs jurisconsultes, que l'exception, intéressant le bon ordre de la justice, parce qu'il convient d'éviter la pluralité et la contrariété des jugements, peut être suppléée par le ministère public, comme l'incompétence en raison de la matière.

[M. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 235, regarde, au contraire, le déclinatoire pour connexité et litispendance comme de pur intérêt privé, et en conclut que la communication n'est pas nécessaire.

Il nous semble cependant que de pareils déclinatoires intéressent l'ordre public, puisqu'ils ont pour objet d'éviter une contrariété de jugements qui nuirait à la dignité de la justice. Ils sont d'ailleurs virtuellement compris sous le mot générique d'*incompétence* dont se sert le § 3 de notre article.

Aussi la Cour de Poitiers a-t-elle applique

[[M. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 235 et 236, persiste dans son opinion ; il excepte de la nécessité de la communication le déclinatoire sur incompétence *ratione personæ*. Le changement de rédaction qui fut fait au projet d'article sur l'observation du Tribunat, et qui consista à supprimer les mots *à raison de la matière* (*V.* LOCRÉ, t. 21, p. 408, n° 51), nous paraît révéler trop clairement l'intention du législateur de ranger toutes les incompétences sur la même ligne, pour qu'on puisse adopter l'opinion de M. Pigeau, que combattent, au reste, MM. BONCENNE, t. 2, p. 282 ; FAVARD DE LANGLADE, t. 5, p. 749, n° 17, et BOITARD, t. 1, p. 349.]] **Supp. alph.**, v° *Communic. au Min. publ.*, n. 8.

QUATRIÈME DISPOSITION.

403. *Ne doit-on communiquer, en fait de récusation, que lorsqu'il s'agit de récusation des juges ?*

La loi porte que l'on doit communiquer *les récusations;* M. PIGEAU, t. 1, p. 225, dit *les récusations de juges ;* le projet du Code de procédure, art. 75, § 4, portait aussi *les récusations de juges*, et évocations pour parenté et alliance; nous ajouterons, d'après l'art. 381, *les récusations du ministère public lui-même* (1).

[[La communication est également exigée pour les récusations des juges de paix (art. 47 du Code de procédure civile), d'experts (art. 311), et des arbitres, puisque ces mots du projet, *récusation des juges*, furent, lors de la discussion, réduits à celui-ci, *récusation*, afin de généraliser la disposition. Or, cette généralisation eût été inutile pour y comprendre les experts, puisqu'un texte particulier existe à leur égard. Ce ne sont donc que les arbitres qu'elle a eu pour but d'y faire entrer. (*V.*, dans le même sens, M. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 236.)]]

CINQUIÈME DISPOSITION

Voyez nos *Questions* sur l'art. 505.

SIXIÈME DISPOSITION.

404. *La cause est-elle communicable, lorsque la femme mariée sous le régime dotal, et autorisée par son mari, plaide pour ses biens paraphernaux* [[*ou pour un bien dotal aliénable ?*]]

La négative résulte directement des termes de la loi, qui ne rendent la cause communicable qu'autant qu'il s'agit de la dot, et de ce que cette disposition est fondée sur l'inutilité de l'intervention du ministère public, dans les cas où la femme peut aliéner avec l'autorisation de son mari. Ainsi, dès que la femme, dit le tribun Faure, peut aliéner avec l'autorisation de son mari, elle doit ester en justice avec la même autorisation, sans qu'il soit besoin de la présence du ministère public. Or, d'après l'art. 1576 du Code civil, les biens paraphernaux sont aliénables, et la femme peut, à leur sujet, paraître en jugement avec cette autorisation (2).

---

ce paragraphe à un cas de connexité, le 6 janvier 1837 (*J. Av.*, t. 52, p. 290), et jugé que le ministère public devait, à peine de nullité, donner ses conclusions dans une instance de cette nature.]

(1) Sur le point de savoir comment et à qui les causes sont communiquées, lorsque les officiers du ministère public sont eux-mêmes récusés, *V.* nos *Questions* sur l'art. 84.

(2) Par suite de conséquences, si l'aliénabilité de l'immeuble dotal a été stipulée dans le contrat de mariage, comme le permet l'art. 1557 du Code civil, on serait porté à croire que le motif de la loi cessant, la com-

[[La nécessité de l'audition du ministère public n'a pas d'autre but en effet que de prévenir les fraudes ou collusions à l'aide desquelles, soit les deux époux, soit la femme seule, essaieront d'éluder la loi en trompant la justice, celle-ci pour suppléer à une autorisation que son mari lui refuse légitimement, ceux-là pour parvenir, par des moyens détournés, à une aliénation que la loi réprouve et qu'aucune exception ne justifie.

Mais s'il s'agit d'un bien que la femme puisse aliéner avec le consentement de son mari, le recours aux tribunaux ne peut être soupçonné du but frauduleux qui vient d'être signalé; la surveillance du ministère public serait donc sans objet. Voilà pourquoi la contestation relative à des biens paraphernaux n'est pas communicable. Nos motifs s'appliqueraient également au cas prévu par l'art. 1557 du Code civil. (*Voy.* la note.)

C'est aussi l'avis de MM. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 237, et BOITARD, t. 1, p. 353.

Au reste, la nécessité de l'audition ne souffre pas d'exception lorsqu'elle est fondée sur le défaut d'autorisation du mari, quel que soit le régime dans lequel vivent les époux, et encore qu'ils fussent séparés de biens, comme l'ont jugé, pour ce dernier cas, les Cours de cassation, le 18 prairial an XI (*J. Av.*, t. 16, p. 751), et de Rennes, le 15 avril 1811 (*J. Av.*, t. 16, p. 767).]]

Supp. alph., v° *Communic. au Min. publ.*, n. 10.

405. *La cause est-elle communicable, lorsqu'elle intéresse un individu pourvu de conseil judiciaire?*

La loi exige la communication *généralement pour toutes les causes où l'une des parties est défendue par un curateur:* ainsi elle l'exige, lorsqu'un curateur a été nommé à un enfant conçu, à un condamné à une peine afflictive ou infamante, même à un mort civilement, etc. (*V.* PIGEAU, t. 1, p. 225); mais elle ne s'explique point sur la personne pourvue d'un conseil judiciaire, en vertu des art. 499 et 513 du Code civil. Les auteurs du *Praticien* croient qu'en ce cas il n'y a pas les mêmes raisons pour faire intervenir le ministère public.

On pourrait cependant opposer que la personne pourvue du conseil judiciaire est placée dans un état d'interdiction relative, par rapport aux actes qu'elle ne peut faire sans assistance de ce conseil; que, sous ce rapport, le conseil devrait être assimilé au curateur; mais nous ne dissimulons pas que cela pourrait souffrir quelques difficultés; car l'inobservation de la 6e disposition de l'art. 83 donnant ouverture à requête civile (art. 480), et la requête civile étant une voie *extraordinaire* ouverte dans les seuls cas exprimés par la loi, on dirait qu'il faut s'attacher aux termes de l'art. 83, qui parle de curateur et non de conseil (1).

---

munication n'est plus nécessaire; mais, puisque l'art. 83 veut, sans distinction, que toute cause soit communicable, quand il s'agit de la dot de la femme mariée sous le régime dotal, nous pensons qu'elle l'est dans le cas même où le contrat autoriserait l'aliénation. Il y a cette différence, pour les biens paraphernaux, que ces biens ne sont pas dotaux, et c'est par ce motif que nous avons donné à leur égard une solution différente. (*V.* DELAPORTE, t. 1, p. 97; PIGEAU, t. 1, p. 225.) Mais il n'en serait pas de même si le contrat de mariage autorisait l'aliénation de l'immeuble dotal.

[Nous adoptons l'opinion de M. Carré, quoiqu'elle soit combattue par MM. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 237; BONCENNE, t. 2, p. 285; BOITARD, t. 1, p. 353. Le texte de la loi est trop explicite pour qu'on puisse rechercher son esprit. Le législateur aurait dû excepter le cas prévu par l'art. 1557, mais il ne l'a pas fait.]

(1) Cette incertitude sur la solution de la question proposée, doit porter le ministère public à user, dans les causes concernant les individus pourvus de conseil judiciaire, de la faculté que lui donne la dernière disposition de l'art. 83; il préviendrait ainsi le pourvoi par requête civile, et les discussions qu'il pourrait amener.

[[La véritable raison de décider est encore ici, comme sous la *Quest.* 404, que la surveillance ne peut être utile que lorsqu'il y a une fraude à craindre Or, il n'y a de fraude à craindre que lorsqu'on a à se mettre à l'abri d'un empêchement légal; mais le prodigue, assisté de son conseil, n'est frappé d'aucune incapacité : tous les actes de la vie civile lui sont permis, moyennant cette seule assistance. Le procès qu'il soutiendrait devant la justice, conjointement avec son conseil, ne pourrait donc cacher aucune mauvaise intention, puisqu'il ne l'amènerait à aucun résultat que la voie amiable n'eût également pu lui procurer. La surveillance du ministère public est donc encore complétement inutile. Ces motifs et la décision qui en est la conséquence sont adoptés par MM. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 237 et 238; DALLOZ, t. 11, p. 42, n° 18; BONCENNE, t. 2, p. 286, et BOITARD, t. 1, p.355.

On sent aisément la différence qui existe entre ce cas et celui d'une cause où la partie intéressée est représentée par un curateur : par exemple, la cause d'un mineur émancipé, celle d'une succession vacante, celle d'un curateur au ventre, d'un mort civilement, ou d'un condamné d'après l'art. 29 du Code pénal. Le curateur n'ayant, dans aucune de ces hypothèses, le droit d'aliéner de son plein gré le bien qu'il administre, il devient nécessaire d'examiner si le procès qu'il soutient n'est pas un moyen frauduleux de parvenir indirectement à cette aliénation défendue.

Les héritiers bénéficiaires n'étant, vis-à-vis des créanciers de la succession, que de simples administrateurs, sont placés dans le même cas que le curateur, d'après l'avis de M. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 238, que nous approuvons, mais contrairement à un arrêt de la Cour d'Orléans du 16 août 1809 (*J. Av.*, t. 16, p. 754).]] **Supp. alph.**, v° *Communic. au Min. publ.*, n. 11.

SEPTIÈME DISPOSITION.

406. *De ce que le § 7 de l'art. 83 prescrit de communiquer les causes concernant ou intéressant les personnes présumées absentes, s'ensuit-il qu'on ne puisse procéder valablement contre l'absent, et obtenir un jugement par défaut, si son absence n'a pas été dénoncée à la justice?*

M. DELAPORTE, t. 1, p. 97, s'exprime ainsi : « A l'égard de l'absent que la loi « met sous la protection du ministère public, c'est celui dont on n'a point « de nouvelles, dont on ignore la résidence, et seulement après que son ab- « sence a été dénoncée à la justice. Jusque-là, on peut procéder à l'ordinaire « contre l'absent, et obtenir jugement régulier sans l'intervention du minis- « tère public, sauf l'opposition lors de l'exécution de ce jugement. »

Telle est aussi notre opinion. Comment, à moins de supposer que le ministère public puisse deviner l'absence, ou que la loi veuille que l'on considère tout *défaillant* comme absent, dirait-on que, hors le cas de *notoriété*, la voie de requête civile pût être ouverte?

[[Cette solution ne peut souffrir de difficulté; elle se trouve d'ailleurs justifiée par un arrêt de la Cour de Bourges du 29 janvier 1827 (*Journ.* de cette Cour, 7e année, p. 8), qui a jugé que, lorsque, dans une cause pouvant intéresser un absent, ce mot *absent* n'a été prononcé pour la première fois que devant la Cour, il n'y a pas nullité du jugement de première instance qui n'a pas été rendu sur les conclusions du ministère public.]]

407. *Est-il nécessaire que le ministère public soit entendu dans les causes des militaires majeurs qui sont en activité de service?*

Non, à moins qu'ils n'aient pas donné de leurs nouvelles. (*Nouveau Répert.*, v° *Ministère public.* Code civil, art. 114.)

[[Cette solution, adoptée par MM. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 239, et DALLOZ, t. 11, p. 42, n° 23, puise une nouvelle force dans la discussion du Code. La section du tribunat avait proposé que le ministère public fût entendu dans toutes les causes concernant les militaires de terre et de mer; mais cet article additionnel fut supprimé (LOCRÉ, t. 21, p. 409, n° 51).

Les militaires rentrent donc dans le droit commun, et la loi du 13 janvier 1817 (*J. Av.*, t. 1, p. 45), règle ce qui concerne le mode de déclaration de leur absence.]]

[[**407** bis. *Dans les causes qui intéressent les personnes dont l'absence a été* déclarée, *l'audition du ministère public n'est-elle plus nécessaire?*

Non, d'après le texte du § 7 de l'art. 83, qui ne parle que des personnes *présumées* absentes. Non encore, d'après l'opinion de MM. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 238, et BOITARD, t. 1, p. 358. Ils allèguent, pour le décider ainsi, l'intérêt que les envoyés en possession provisoire ont naturellement à gérer avec probité les biens de l'absent, dont ils perçoivent le revenu dans une certaine proportion, et dont ils doivent même recueillir le fonds en cas de non réapparition. On peut objecter qu'un intérêt bien plus actuel semblerait les porter à aliéner à leur profit, avant le terme qui doit les rendre propriétaires, ces biens dont ils n'ont d'abord reçu qu'en dépôt la simple administration; que, comme cette aliénation leur est interdite par la loi, que d'ailleurs, si elle est faite ouvertement, ils auront à en rendre compte; il est à craindre que, colludant avec une partie adverse empruntée, ils n'essaient, sous couleur de procès, de se partager les dépouilles du malheureux absent, et qu'ainsi la surveillance du ministère public paraîtrait très nécessaire.

Mais ici, comme pour les militaires, le vœu du Tribunat n'a pas été suivi. Il demandait la communication pour *tous les absents*, la loi n'a conservé que les mots *présumés absents*. Nous croyons donc devoir adopter l'opinion de MM. Pigeau et Boitard.]] **Supp. alph.**, v° *Communic. au Min. publ.*, n. 13.

408. *La communication au ministère public est-elle nécessaire pour faire déclarer exécutoire une sentence arbitrale?* [[*Ou lorsqu'on veut la faire annuler, ou lorsqu'il s'agit de chose jugée?*]]

Cette question a été résolue négativement par le Ministre de la justice, le 19 germinal an X (V. *Journ. du Palais*, prem. sem., an XI. p. 336), et cette solution serait la même sous l'empire du Code de procédure, dont aucune disposition ne prescrit, en ce cas, la communication, par le motif que l'art. 1004 défend de compromettre sur les contestations sujettes à être communiquées; mais il est évident que, sur l'opposition formée à l'ordonnance d'*exequatur* conformément à l'art. 1028, il devrait être entendu.

La seule circonstance que dans un procès une des parties réclame l'autorité de la chose jugée, et s'en fait une exception péremptoire, ne suffit pas pour nécessiter les conclusions du ministère public. (*Nouveau Répert.*, v° *Ministère public.*)

[[La communication au ministère public ne nous paraît exigée ni par l'article 1021, ni par l'art. 1028; on ne peut pas dire que la nullité d'une sentence arbitrale intéresse l'ordre public : le même motif s'applique, selon nous, à la chose jugée, et c'est ce qu'a décidé un arrêt de la Cour de cassation du 14 messidor an IX (*J. Av.*, t. 16, p. 753), rendu sur les conclusions conformes de M. Merlin, qui le cite dans son *Répertoire*, v° *Ministère public*, § 6, et *Quest.* de droit, v° *Conclusions du Ministère public*, § 3.]]

409. *Doit-on communiquer au ministère public, dans les cas prévus par l'article 83, encore bien que l'affaire soit sommaire ?*

On pourrait en douter, d'après les raisons données par M. PIGEAU, t. 1, p. 219, et surtout parce que le tit. 24, qui traite de la procédure pour les matières sommaires, n'exige pas la communication, et contient, dans l'art. 405, une disposition expresse, portant que ces matières seront jugées sans autres procédures ni formalités que celles prescrites par ce titre

Néanmoins, nous pensons, comme M. Pigeau, qu'il doit y avoir communication, *parce qu'il y a même motif*, celui de soumettre à la vigilance du ministère public tout ce qui intéresse l'ordre public et les personnes qui, par leur faiblesse, sont plus particulièrement sous la protection de la justice.

[[M. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 223, persiste avec raison dans cette opinion.]]

410. *Les causes sont-elles communicables lorsque le tribunal civil est saisi d'une affaire commerciale ?*

Lorsqu'un tribunal civil connaît d'une affaire commerciale, parce qu'il n'y a pas de tribunal de commerce dans son arrondissement, il ne doit se considérer que comme tribunal de commerce ; *il doit juger dans la même forme que les juges de commerce ;* sa compétence est la même que celle des tribunaux de commerce (lois des 16 et 24 août 1790) ; il n'est plus qu'une réunion d'*arbitres et d'espèces de jurés* (*Avis du conseil d'État*, du 29 prairial an VIII). Ainsi, les affaires commerciales qui sont portées devant lui ne doivent pas plus être communiquées au ministère public, que celles qui sont portées devant les tribunaux de commerce, ou soumises à des arbitres. S'il reconnaît que l'affaire n'est pas de la compétence des juges de commerce, et qu'elle a été portée mal à propos devant lui, comme affaire commerciale, il doit renvoyer les parties à se pourvoir devant les juges compétents. Si, l'affaire étant vraiment commerciale, il se présente dans la décision un incident qu'il ne puisse pas juger, comme tribunal de commerce, il prononce le même renvoi pour l'incident seulement ; et, si la nature de l'incident l'exige, le tribunal compétent entend le ministère public. L'incident jugé, on reprend l'affaire principale devant le tribunal civil constitué en tribunal de commerce, et elle y est jugée sans communication au ministère public (1).

[[Il ne peut être entré dans l'esprit du législateur d'ordonner la communication au ministère public des causes qui sont pendantes devant les tribunaux, où le ministère public n'a pas d'organe ; ainsi, devant les tribunaux de commerce, suivant un arrêt de la Cour de Liége du 23 décembre 1817 (*J. Av.*, t. 16, p. 781) ; ainsi encore, devant les juges de paix, comme l'a jugé la Cour de cassation de Bruxelles, le 21 avril 1835 (*Journ.* de cette Cour, t. 1 de 1835, p. 308).

Mais les tribunaux civils, lorsqu'ils sont substitués aux tribunaux de commerce, n'ont pas d'autre attribution, d'autre caractère que ceux-ci ; ils sont obligés de se soumettre à leur procédure, et, par conséquent, à leur or-

---

(1) Cette opinion a été consacrée par arrêt de la Cour de Rennes, du 23 décembre 1816 (*J. Av.*, t. 16, p. 779). Mais M. COFFINIÈRES, dans le *J. Av.*, expose une opinion contraire.

Nous apporterons d'autres raisons en faveur de la nôtre, en examinant, sur l'art. 414, si, lorsque les tribunaux civils remplissent les fonctions de juges de commerce, il est nécessaire de constituer avoué.

Quoi qu'il en soit, le ministère public *peut* conclure sur les appels de jugements des tribunaux de commerce, et il y est rigoureusement tenu dans les cas où la compétence de ces tribunaux est contestée. Cassat., 15 janvier 1812 (*J. Av.*, t. 16, p. 770).

ganisation : ils sont censés n'avoir plus de ministère public attaché à leur siége; le procureur du roi n'a pas droit d'assister à leurs audiences commerciales.

Il n'en est pas de même des Cours royales jugeant commercialement, parce que c'est en vertu de leur propre pouvoir, de leurs attributions légales, qu'elles connaissent de ces sortes de causes, et non en vertu d'aucune substitution, qui les oblige à modifier leur organisation, à revêtir les formes de l'autorité qu'elles remplaceraient.

Ce qui se passe sur l'appel ne peut être d'aucun poids pour indiquer la procédure à suivre en première instance, lorsqu'elle a lieu devant les tribunaux civils. La solution de M. Carré doit donc être adoptée, et elle l'est par MM. FAVARD DE LANGLADE, t. 5, p. 749, n° 16; et DALLOZ, t. 11, p. 43, n° 26.]] **Supp. alph.**, v° *Communic. au Min. publ.*, n. 16.

411. *Si l'une des parties néglige de communiquer au ministère public dans les délais fixés par l'art. 83 du réglement du 30 mars 1808, la partie adverse devrait-elle lui faire sommation de remplir cette formalité, ou bien le procureur du roi serait-il autorisé à porter la parole sur les pièces de la partie qui aurait communiqué?*

M. LEPAGE, dans ses *Questions*, p. 124, se fondant sur le principe que ce qui n'est pas défendu est permis, estime non-seulement que cette sommation peut être faite, mais qu'elle doit l'être, et que le magistrat chargé du ministère public ne porterait pas la parole sans avoir vu les pièces de toutes les parties, ou sans qu'il lui ait été justifié d'une sommation faite à celle qui est en retard de communiquer; mais cet auteur excepte le cas où la communication aurait été ordonnée contradictoirement par un jugement préparatoire : alors, dit-il, les parties sont averties suffisamment.

Il faut convenir que le cas qui pourrait donner lieu à cette sommation, est de nature à se présenter rarement; car quel intérêt une partie qui ne contesterait pas que la cause fût communicable, aurait-elle à ne pas remettre les pièces au ministère public? Si la communication n'a pas lieu, quoiqu'elle n'ait pas été contestée, nous ne voyons pas la nécessité de faire une sommation que la loi ne prescrit point, et que le tarif n'a point taxée. Le ministère public requiert en ce cas, soit d'office, soit sur la demande de la partie adverse, que la communication lui soit faite; un jugement préparatoire intervient, qui emporte sommation; et comme la communication se fait après le délai fixé par l'art. 83 du règlement, elle ne passe point en taxe conformément à cet article.

Si, au contraire, la partie conteste que la cause soit communicable, c'est un incident sur lequel le tribunal prononce également, par un jugement préparatoire qui produit les mêmes effets, si la communication est ordonnée.

[[La forme des communications au ministère public est réglée par les articles 83 et 84 du décret du 30 mars 1808, ainsi conçus :

« 83. Dans toutes les causes où il y aura lieu de communiquer au ministère public, les avoués seront tenus de faire cette communication avant l'audience où la cause devra être appelée, et même, dans les causes contradictoires, de communiquer trois jours avant celui indiqué pour la plaidoirie. Ces communications se feront au parquet, dans la demi-heure qui précède ou qui suit l'audience. Si la communication n'a pas été faite dans le temps ci-dessus, elle ne passera point en taxe.

« 84. Lorsque celui qui remplit le ministère public ne portera pas la parole sur-le-champ, il ne pourra demander qu'un seul délai, et il en sera fait mention sur la feuille d'audience. »

On voit que la communication des pièces au ministère public n'est qu'une précaution pour rendre sa surveillance plus utile. Mais ce n'est pas l'acte essentiel auquel la loi attache la peine de nullité. C'est l'audition du ministère public qui lui importe. De quelque façon qu'elle ait lieu, après ou sans communication, le but de la loi est rempli : la partie n'est donc pas tenue, sous peine de nullité, de faire cette communication, ni, par conséquent, la partie adverse de la mettre en demeure.

La sommation dont il est question sous ce numéro, nous paraît complétement inutile.]]

HUITIÈME DISPOSITION.

412. *Le ministère public peut-il refuser de prendre communication, lorsque le tribunal l'ordonne d'office?*

Nous ne le pensons pas, à moins qu'il ne s'agisse du cas particulier prévu par les auteurs du *Praticien*, t. 1, p. 338, où, sur un conflit élevé par le préfet, le tribunal, malgré le réquisitoire du procureur du roi, déclarerait retenir la cause. En ce cas, ce magistrat ne pourrait obtempérer au jugement qui ordonnerait la communication à l'effet qu'il portât la parole sur le fond. Dans tous autres cas, il doit prendre communication, sauf à s'en référer à la prudence du tribunal, s'il ne croit pas nécessaire de motiver ses conclusions.

[[C'est ce qu'a jugé la Cour d'Orléans, le 16 août 1819 (*J. Av.*, t. 16, p. 761), et ce qu'enseigne M. FAVARD DE LANGLADE, t. 5, p. 750, n° 18. Au reste, ce n'est pas seulement lorsque l'audition du ministère public a été ordonnée par jugement, c'est encore lorsque sa nécessité résulte de la loi, qu'il lui suffit, pour accomplir son devoir, de s'en rapporter à la sagesse du tribunal (V. *Quest.* 414 *ter*). Ainsi l'a jugé la Cour de cassation, le 5 mai 1808 (*J. Av.*, t. 16, p. 755); *Voy.* aussi MM. MERLIN, *Répertoire*, v° *Ministère public*, et DALLOZ, t. 11, p. 40, n° 4.]]

413. *Lorsque la cause n'est pas communicable, d'après les dispositions de la loi, le ministère public, sous prétexte du droit qu'il a d'exiger la communication en toute affaire, et le tribunal, sous prétexte de la faculté qu'il a d'ordonner cette communication, pourraient-ils différer les plaidoiries?*

« Ce serait un abus, dit M. DEMIAU-CROUZILHAC, p. 82; mais, après les plai-« doiries faites, le magistrat qui exerce le ministère public peut exiger que « les pièces lui soient remises, pour prendre la parole à l'audience suivante, « s'il n'est pas suffisamment instruit par les plaidoiries (*V.* art. 84 du règlem. « de 1808); de même, après les plaidoiries, les tribunaux peuvent demander « l'avis et les conclusions de ce magistrat, qui plaide de suite ou demande le « renvoi, ou qui, s'il croit n'y avoir aucun intérêt, déclare qu'il s'en remet à « la justice du tribunal.

« Mais si, par la disposition expresse de la loi, la cause est susceptible de « communication, il peut exiger qu'elle soit faite avant les plaidoiries, ou bien « les juges peuvent l'ordonner. Il ne faut jamais confondre ces deux cas, afin « de ne pas retarder en vain la distribution de la justice, à laquelle chacun a « droit à son tour, suivant le numéro du rôle. »

Nous partageons entièrement cette opinion : ce n'est en effet qu'après les plaidoiries que le ministère public et le tribunal peuvent apprécier la nécessité d'une communication; la requérir ou l'ordonner auparavant, ce serait courir le risque d'arrêter sans raison l'administration de la justice, puisqu'il

pourrait résulter de l'examen des pièces que le procureur du roi ne crût pas son ministère intéressé, et ne portât pas la parole.

[[Cela est juste ; toutefois, si le tribunal ordonnait la communication avant toute plaidoirie, il n'y aurait aucune voie pour faire réformer sa décision.]]

414. *Le magistrat qui exerce le ministère public, peut-il prendre de son chef des conclusisons que les parties n'auraient pas prises elles-mêmes ?*

[[*Celles-ci peuvent-elles en prendre de nouvelles après son audition ? Jusqu'à quelle époque de l'instance le peuvent-elles ? Faut-il nécessairement les signifier avant l'audience ?*]]

La négative de cette question résulte de la disposition de l'art. 2, tit. 8, de la loi non abrogée du 24 août 1790 ; cette disposition est ainsi conçue :

« Au civil, les commissaires du roi (aujourd'hui les procureurs généraux, « les avocats généraux, les procureurs du roi et leurs substituts) exerceront « leur ministère, *non par voie d'action*, mais seulement par celle de réquisition, « dans les procès dont les juges ont été saisis. »

Or, c'est procéder par voie d'action que de prendre des conclusions que les parties qui ont saisi le tribunal n'auraient pas prises elles-mêmes (1).

[[M. CARRÉ, dans sa *Compétence*, art. 88, *Quest.* 112 et suiv., et M. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 219 et suiv., donnent une énumération exacte et détaillée des causes où le ministère public peut se rendre partie principale. On peut y ajouter, d'après un arrêt de la Cour d'Angers du 3 mai 1830 (*J. Av.*, t. 38, p. 337), les causes électorales, dans lesquelles le ministère public défend les arrêtés de l'administration préfectorale. *V.* d'ailleurs, notre *Dictionnaire général de procédure*, v° *Minist. publ.*, n°s 11 à 40, et 74. Dans ces divers cas, l'avoué peut prendre des conclusions après le réquisitoire du ministère public, l'avocat peut répliquer.

Mais toutes les fois que le *ministère public* n'est que partie jointe (et ce cas, qui se réalise le plus souvent, est le seul qui fasse l'objet du présent titre), il est de principe que les débats sont terminés aussitôt qu'il se lève pour prendre la parole.

---

(1) *V.* les arrêts de la Cour de cassation des 3 fructidor an IV, et 17 thermidor an VI; *Table de Bergognié*, t. 1, p. 100 et 101, et du 27 frimaire an XIII; *Traité de compét.* de M. Montainville, p. 9, n° 6.

Et remarquez,

1° Que, nonobstant la solution de la question ci-dessus, le ministère public peut, à l'occasion d'une affaire civile, requérir d'office ce qu'il juge convenable à l'ordre public. (*Nouv. Répert*, v° *Chambre des avoués*, et cassat., 3 novembre 1806, *S.*, 1806, 2e part., p. 914.) ;

2° Qu'il pourrait même, dans le seul intérêt des parties, requérir en termes formels ce à quoi l'une des parties n'aurait conclu qu'implicitement. (*Nouv. Répert.*, v° *Convent. matrim.*, § 2, t. 3, p. 209) ;

3° Qu'il est censé avoir été entendu, suivant le vœu de la loi, lorsqu'il a déclaré s'en rapporter à la prudence du tribunal. (*Nouv. Répert.*, v° *Ministère public*) ;

4° Que, s'il est exprimé dans un jugement que les conclusions du ministère public ont été lues, il y a présomption légale qu'elles l'ont été par lui-même et à l'audience. (*Nouv. Répert.*, v° *Substitution fidéicomm.*, sect. 7, § 3, art. 4, p. 326.)

5° Que les conclusions prises en première instance par le ministère public, partie poursuivante, conservent leur effet en cause d'appel. Ainsi, la Cour est obligée d'y faire droit, quoiqu'elles ne soient pas renouvelées devant elle. (*Nouv. Répert.*, v° *Ministère public.*)

6° Que l'énonciation, consignée dans un jugement, que l'officier du ministère public était présent, ne fait pas preuve qu'il ait été entendu avant l'arrêt ou le jugement. (*Ibid.*)

7° Qu'au surplus, la preuve que le ministère public a été entendu dans une affaire où ses conclusions étaient requises, ne peut résulter que du jugement même. (*Ibid.*, v° *Enregistrement*, § 54, t. 4, p. 679 et suiv.)

De ce principe suivent deux règles également certaines, que M. DALLOZ rappelle, t. 11, p. 40, nos 6 et 7. La première qu'il ne peut faire changer de face à la cause, en prenant, au nom des parties, des conclusions que celle-ci auraient négligées; la seconde, que les parties elles-mêmes ne peuvent, après son audition, modifier leurs propres conclusions, ni plaider de nouveau. Cette dernière règle est écrite dans l'art. 87 du décret du 30 mars 1808, ainsi conçu « Le ministère public une fois entendu, aucune partie ne peut obtenir la parole après lui, mais seulement remettre sur-le-champ de simples notes, comme il est dit à l'art. 111 du Code de procédure. »

Ce n'est pas qu'à l'occasion d'une affaire civile, où il n'est originairement que partie jointe, le ministère public ne puisse requérir d'office ce qu'il juge convenable à l'ordre public, et, par exemple, des peines disciplinaires contre l'officier ministériel qui aurait manqué à son devoir; Cass., 30 novembre 1806 (*J. Av.*, t. 5, p. 255), et MERLIN, *Répert.*, v° *Chambre des Avoués;* mais c'est qu'alors son rôle change, il devient réellement partie principale. Il est naturel et juste que ceux contre qui sont dirigées ces réquisitions puissent à leur tour se défendre.

M. MERLIN enseigne, *Répert.*, v° *Conventions matrimoniales*, § 2, que le ministère public pourrait requérir, en termes formels, dans l'intérêt de l'une des paries, ce à quoi elle n'aurait conclu qu'implicitement. Cette opinion, quoique spécieuse, nous semble hasardée.

A plus forte raison, croyons-nous devoir condamner un arrêt de la Cour de Turin du 20 décembre 1809 (*J. Av.*, t. 16, p. 764), qui décide que le ministère public peut prendre, dans l'intérêt d'un mineur, des conclusions que son représentant n'aurait pas prises : car il est de jurisprudence constante que, même dans les causes qui doivent lui être communiquées, le ministère public ne peut prendre d'office des conclusions qui touchent à l'intérêt des parties, Cass., 18 prairial an VII (*J. Av.* t. 17, p. 15); et, par exemple, si l'appelant principal ne se présente pas pour plaider, conclure au rejet de l'appel principal pour cause d'acquiescement, et, par suite, à celui de l'appel incident, Poitiers, 16 décembre 1829 (*J. Av.*, t. 39, p. 162); ou bien, dans une instance en règlement de compte entre un particulier et un établissement public, former une demande dans l'intérêt de cet établissement, Cass., 7 juin 1832 (*J. Av.*, t. 44, p. 300); ni se porter appelant d'un jugement rendu en matière civile, qui n'est point attaqué par les parties entre lesquelles il est intervenu, Metz, 21 janv. 1812 (*J. Av.*, t. 19, p. 152), et Poitiers, 5 août 1819 (*J. Av.*, t. 16, p. 786); *V.* notre *Quest.* 964 *bis* (1); même lorsqu'il s'agit d'un jugement qui a déclaré un mariage nul, Cass., 1er août 1820 (*J. Av.*, t. 16, p 758, 3e espèce), et 5 février 1821 (*J. Av.*, t. 23, p. 72); quoique, pour ce dernier cas, le contraire ait été jugé par les Cours de Bruxelles, 1er août 1808, et de Pau, 28 janvier 1809 (*J. Av.*, t. 16, p. 756). En effet, puisque, en matière civile, le ministère public n'a pas voie d'action, il ne peut prendre part à la cause qu'autant qu'elle a été engagée par les parties, soit en première instance, soit en appel. Par la même raison, il ne pourrait, dans de semblables causes, être personnellement intimé par la partie appelante; Colmar, 15 avril 1812 (*J. Av.*, t. 16, p. 771).

Ainsi donc, la seule exception véritable à la règle qui interdit au ministère public de proposer de nouveaux chefs de conclusions, nous paraît concerner

(1) [Le 27 juillet 1827 la Cour de Bruxelles, *Journ.* de cette Cour de 1828, t. 2, p. 78), a jugé que le ministère public a qualité pour interjeter appel du jugement qui ordonne la vente d'un bien de mineurs. Cet arrêt est très peu motivé et sa doctrine ne peut se soutenir.]

le cas où ces conclusions sont relatives à des moyens que les tribunaux doivent suppléer d'office, comme ceux d'incompétence matérielle.

Encore n'est-ce pas positivement sous forme de conclusions que ces moyens doivent être présentés par lui ; c'est plutôt sous la forme d'un avertissement donné aux juges.

Il semble que, si cette exception a lieu pour le ministère public, elle doit aussi être accordée aux parties, qui peuvent souffrir d'un moyen proposé mal à propos et dont il leur importerait de faire reconnaître le peu de fondement.

Cependant le texte de l'art. 87 du décret précité est si formel et si général que la jurisprudence n'a pas dû hésiter à l'appliquer au cas qui nous occupe ; Agen, 20 décembre 1824 (*J. Av.*, t. 32, p. 168) ; et Cass., 22 avril 1835 (*J. Av.*, t 49, p. 610, et t. 54, p. 202).

Quant à son application aux cas généraux, elle a été extrêmement fréquente. On peut citer notamment les arrêts des Cours de Toulouse, 31 décembre 1819 (*J. Av.*, t. 8, p. 322) ; de Poitiers, 9 janvier 1823 ; de Paris, 25 juin 1825 (*J. Av.*, t. 29, p. 276) ; de Grenoble, 3 juin 1825 (*J. Av.*, t. 32, p. 168) ; de Rennes. 3 août 1825 (*J. Av.*, t. 29, p. 278) ; de Grenoble, 20 juin 1832 (Tajan, t. 25, p. 413), et de la Cour de cassation, 28 août 1834 (*J. Av.*, t. 48, p. 52).

Toutefois, nous pensons que la disposition de l'art. 87 n'est rigoureuse que vis-à-vis des parties, mais que les tribunaux à qui de nouveaux incidents font sentir la nécessité d'une nouvelle instruction ont toujours le droit de l'ordonner, même après l'audition du ministère public ; ces sortes de jugements préparatoires prennent, dans l'usage, la qualification de *plus amplement oui*, ou *plus amplement informé*. La Cour de Bruxelles en a formellement reconnu la légalité dans son arrêt du 28 juin 1831 (*J. Av.*, t. 42, p. 173). Cependant, on oppose une décision de la Cour de cassation du 13 novembre 1834 (*J. Av.*, t. 49 p. 463), qui a rejeté un pourvoi fondé sur ce que la Cour dont on attaquait l'arrêt avait admis la production de nouvelles pièces postérieurement aux conclusions du ministère public, parce que l'arrêt déclarait ces pièces surabondantes et sans influence sur la décision. D'abord, dans l'espèce, la Cour royale n'avait pas ordonné un plus ample informe, et alors les nouvelles pièces avaient été reçues après la clôture des débats : puis, la Cour de cassation a de plus pris en considération ce motif que la production avait été communiquée *aux adversaires qui avaient été mis à portée, par une sommation, d'en discuter le mérite.*

Le tempérament que nous proposons n'est-il pas pourtant le seul remede à ce privilége créé pour le ministère public par l'art. 87, de ne pouvoir être contredit, privilége que MM. BONCENNE, t. 2, p. 288 et suiv., et BOITARD, t. 1, p. 362 et suiv., signalent comme un véritable abus ? Le même article permet à la vérité de remettre sur-le-champ au président des notes énonciatives de faits sur lesquels les parties prétendent que le ministère public a été incomplet ou inexact, et la Cour de cassation, 9 juillet 1838 (*J. Av.*, t. 56, p. 247), va jusqu'à leur accorder le droit de fournir des éclaircissements et des justifications à l'appui des conclusions précédemment signifiées, chose qui a lieu fréquemment dans l'usage. (*V.* notre *Quest.* 397.)

Mais ce correctif est regardé par tous les auteurs comme insuffisant ; et les législateurs de Genève, à la révision qu'ils ont fait subir à notre Code de procédure civile, ont cru devoir supprimer la règle, et accorder la parole aux parties, après le ministère public, lorsqu'il s'agit de rectifier un fait, ou de répondre à un moyen nouveau.

Au surplus, jusqu'à ce que le ministère public ait commencé à prendre la parole, les parties sont toujours admises à réformer leurs conclusions. Ce droit ne cesse pas pour elles, quoique la Cour de Rennes ait semblé le pré-

tendre dans son arrêt du 14 août 1815 (*J. Av.* t. 8, p. 319), au moment où elles sont tenues de les remettre au greffier de service, à l'audience, avant les plaidoiries, car on peut les corriger verbalement sur le barreau, pourvu qu'elles soient remises par écrit au greffier; Cass., 1er septembre 1813 (*J. Av.*, t. 8, p. 313), ce qui n'est pas même exigé en matière correctionnelle; Cass., 14 août 1823 (*J. Av.*, t. 25, p. 308) ; et même les signifier après les plaidoiries, Rennes, 28 mars 1817 (*J. Av.*, t. 8, p. 322).

D'où il suit que les conclusions sont valablement prises, et lient suffisamment l'instance, quoiqu'elles n'aient pas été signifiées avant l'audience. Néanmoins, la Cour de Paris a jugé le contraire, 6 août 1827 (*J. Av.*, t. 34, p. 122), et, le 12 avril 1813 (*J. Av.*, t. 8, p. 311), elle avait fait pressentir cette jurisprudence, en refusant à une partie le droit de prendre au greffe une expédition des conclusions signées par son avoué, mais non signifiées. Nous combattons ces deux arrêts, t. 2, p. 221, *Quest.* 739 *bis*, § 13, sect. 1re, nº 1.]]

Supp. alph., vº *Communic. au Min. publ.*, n. 24 et suiv.

[[**414** bis. *En quelle forme le ministère public doit-il donner ses conclusions ?*

Il doit les donner verbalement à l'audience, et non les transmettre par écrit. Cela résulte des arrêts de la Cour de cassation des 29 mess. an II (*J. Av.*, t. 16, p. 751); 13 therm. an II (*J. Av.*, t. 16, p. 752); 14 avril 1830 (*J. Av.*, t. 39, p. 10) ; 16 mai 1831 (DALLOZ, 1831. 1. 295), et de la doctrine de cet auteur, t. 11, p. 40, nº 3.

Mais il n'est pas nécessaire que ces conclusions soient prises à l'audience même où le jugement est rendu, pourvu qu'elles l'aient été auparavant, Cass., 23 avril 1816 (*J. Av.*, t. 11, p. 294); ni au jour précis qu'un arrêt précédent avait désigné, Cass., 2 janvier 1834 (*J. Av.*, t. 47, p. 487); ni que l'officier du ministère public qui a conclu, ou un autre assiste à la prononciation du jugement, Cass., 18 avril 1836 (*J. Av.*, t. 51, p. 717), et 3 janv. 1838 (*J. Av.*, t. 54, p. 312, et *J. P.*, t. 1 de 1838, p. 58).

Au reste, s'il est exprimé dans un jugement que les conclusions du ministère public ont été lues, il y a présomption légale qu'elles l'ont été par lui-même, et à l'audience, ce qui revient identiquement à des conclusions orales; ainsi l'enseigne M MERLIN, *Répert.*, vº *Substitution fidéicommissaire*, sect. 7, § 3, art. 4.

Il y a *conclusions suffisantes*, lorsque le ministère public s'en rapporte à la sagesse du tribunal, V. *Quest.* 412. **Supp. alph.**, vº *Communic. au Min. publ.*, n. 22 et 23.

[[**414** ter. *Quels sont les effets du défaut de conclusions du ministère public, dans le cas où elles sont requises? Qui peut reclamer le bénéfice de ces effets? Par quelle voie? Comment l'accomplissement de la formalité doit-il être constaté?*

Le jugement qui a été rendu sans l'audition du ministère public, dans le cas où elle est requise, doit être annulé; Paris, 9 floréal an 13 (*J. Av.*, t. 16, p. 753); Rennes, 15 avril 1811 (*J. Av.*, t. 16, p. 767), et 17 avril 1812 (*J. Av.*, t. 12, p. 396); Lyon, 18 janv. 1836 (*J. Av.*, t. 50, p. 349). On verra, sous l'art. 480, nº 8, un grand nombre d'autres applications de ce principe incontestable et universellement enseigné, notamment par M. DALLOZ, t. 11, p. 39, nº 2. L'absence du ministère public de l'audience n'autoriserait pas à passer outre au jugement sans l'avoir entendu, comme l'a décidé la Cour de cassation, le 17 décembre 1810 (*J. Av.*, t. 16, p. 766), et comme l'enseigne M. MERLIN, *Rép.*, vº *Ministère public*, § 7.

Mais par quelle voie la nullité doit-elle être poursuivie ? Si le jugement est en premier ressort, c'est la voie de l'appel qu'il faut employer. S'il est en der-

nier ressort, est-ce en cassation, ou par la voie de la requête civile qu'il faut se pourvoir? Cette question particulière sera aussi examinée sous l'art. 480, § 8.

La disposition que nous venons de rappeler n'ouvre la voie de la requête civile qu'à celle des deux parties dans l'intérêt de laquelle la communication était ordonnée, lorsqu'elle a succombé; d'où il semble résulter que celle-là seule a le droit de se plaindre dans tous les cas; et c'est réellement ainsi que l'ont décidé la Cour de cassation, les 5 floréal an 10, 29 mars 1815 (*J. Av.*, t. 12, p. 432); 25 avril 1833 (*J. Av.*, t. 45, p. 752); et celles de Bordeaux, 17 mars 1829 (*J. Av.*, t. 37, p. 17), et de Bruxelles, 17 janvier 1835 (*Journ.* de cette Cour, t. 2 de 1835, p. 20).

Mais le laconisme de cette règle semble supposer que la communication est toujours ordonnée dans l'intérêt individuel de l'une des parties; cependant au nombre des cas énumérés par l'art. 83, il en est plusieurs qui ont pour objet l'intérêt public, et dans lesquels on ne peut dire, par conséquent, que l'une des parties soit plus intéressée que l'autre. La règle de l'art. 480 devient donc inapplicable à ces cas, et nous pensons que chaque partie peut alors invoquer la nullité; c'est aussi l'opinion de M. ACHILLE MORIN (*J. Av.*, t. 53, p. 529). La Cour de Rennes accorde même au procureur général le droit de la proposer d'office sur l'appel, lorsque l'omission a eu lieu en première instance; 15 avril 1811 (*J. Av.*, t. 16, p. 767): il faut remarquer, avec la Cour de Limoges, 31 juillet 1811 (*J. Av.*, t. 16, p. 769), que la nullité résultant du défaut de communication en première instance est couverte par les conclusions que le ministère public prend sur l'appel, lorsque les parties ne l'ont pas opposée.

M. Carré, qui citait ces deux derniers arrêts à sa note *Jurisprudence*, croyait voir une contradiction entre leurs décisions; il lui semblait résulter de la doctrine du dernier, que M. Merlin approuve et appuie de la citation de deux arrêts conformes de la Cour de cassation (*Quest. de Droit*, v° *Conclusions du ministère public*, § 2), que le procureur général ne peut, dans cette circonstance, prendre la parole que sur le fond, et non pas conclure à l'annulation du jugement.

Nous ne voyons pas pourquoi la liberté du ministère public serait ainsi restreinte, ni pourquoi on ne lui permettrait pas de choisir l'un ou l'autre mode, selon que l'intérêt des parties ou celui de l'ordre public semblerait l'exiger. La contradiction ne nous paraît donc pas exister. C'est l'avis de M. DALLOZ, t. 11, p. 40, n° 5.

Au reste, pour qu'il soit constant que l'audition du ministère public a eu lieu, il faut que le jugement en fasse mention. Cet acte doit en effet porter avec lui la preuve de l'accomplissement de toutes les formalités nécessaires à sa validité. Ce principe, qui est général, a reçu son application particulière au cas actuel, par arrêts de la Cour de cassation des 16 vendém. et 29 frim. an 13 *J. Av.*, t. 15, p. 64), et cette application est reconnue juste par MM. MERLIN, *Répert.*, t. 6, p. 605; FAVARD DE LANGLADE, t. 3, p. 154; PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 329; THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 196, et DALLOZ, t. 11, p. 39, n° 3. *V.* notre *Quest.* 596.]] **Supp. alph.**, v° *Communic. au Min. publ.*, n. 39 et 40.

ART. 84. En cas d'absence ou empêchement des procureurs du roi et de leur substituts, ils seront remplacés par l'un des juges ou suppléants.

ois des 27 ventôse an VIII, et 22 ventôse an XII.—[Décret du 14 déc. 1810, art. 35.—Notr Dict. gén. de Proc., v° *Ministère public*, n°s 2 à 5, 10. — Devilleneuve, *eod.*, n°s 20 à 29 *bis*.— Armand Dalloz, *eod.*, 23 à 38.—Carré, *Compétence*. 2e part. liv. 1er, tit. 2, art. 90, *Q.* 124, § 4, à la note, éd. in-8°,

t. 2, p. 250, et art. 99, t. 2, p. 305.—Locré, t. 21, p. 409, n° 52.—QUESTIONS TRAITÉES : Un avocat, ou à défaut un avoué, peut-il remplacer les procureurs du roi ou leurs substituts? *Q.* 415. — Le jugement est-il nul, lorsqu'un avocat, ayant, dans les audiences précédentes, plaidé pour l'une des parties, est appelé à remplacer le ministère public à l'audience de prononciation du jugement? *Q.* 416.— Les magistrats qui exercent le ministère public pourraient-ils remplacer un juge et participer à un jugement? *Q.* 417.]

115. *Un avocat, ou, à défaut, un avoue, peut-il remplacer les procureurs du roi ou leurs substituts?*

« Si, dans le tribunal, dit M. COMMAILLE, t. 1, p. 153, il ne se trouvait pas « suffisamment de juges (*ou de suppléants*) pour pouvoir remplacer le minis- « tere public, comme cela peut arriver, et comme nous l'avons vu arriver, « surtout pendant le temps des vacations, nous pensons que le tribunal « pourrait nommer sur-le-champ un avocat présent au barreau, pour rem- « plir les fonctions du ministère public, comme nous l'avons vu également « arriver Il serait possible qu'en ce cas le tribunal indiquât un de ses juges « pour remplacer le procureur du roi ou ses substituts, et qu'il fît monter « sur le siége un avocat ou un gradué pour remplacer le juge. »

Si les procureurs du roi, dit M. PIGEAU, t. 1, p. 226, sont absents ou empechés de donner leurs conclusions, soit parce qu'ils seraient récuses ou autrement, ils sont remplaces par un des juges cu suppleants.

Ainsi, M. Pigeau semblerait admettre, en ne considérant que le texte de l'art 84, que l'on doit, de préférence aux avocats ou avoués, appeler un juge ou un suppléant à remplacer le ministère public. C'est aussi l'opinion des auteurs du *Praticien*, t. 1, p. 337, aux notes; mais M. Demiau-Crouzilhac s'explique d une manière plus absolue : « Les juges, dit-il, peuvent être rem- « placés momentanément, au defaut de suppléants, par des avocats ou par « des avoués; mais il n'en est pas de même du ministère public : cette magis- « trature ne peut être remplie que par un membre de la justice; autrement « l'intérêt public pourrait souvent en souffrir » Cet auteur penserait donc que les avocats ou les avoués ne pourraient jamais remplacer les procureurs du roi.

Nous remarquerons que cette opinion aurait pour appui le texte de l'art. 84, et qu'en conséquence toutes les fois qu'on ne pourrait, hors le nombre de juges ou de suppléants nécessaire pour compléter le tribunal, remplacer le ministère public par les personnes ayant l'une ou l'autre de ces qualités, il est indispensable d'appeler l'une d'elles à ce remplacement, en la faisant remplacer elle-même par un avocat, ou, à défaut, par un avoué; mais, si le tribunal avait été complété par un avocat ou un avoue, il est certain qu'en ce cas, ou il serait impossible d'appeler un juge ou un suppléant pour remplacer le ministère public, on pourrait substituer un avocat ou un avoué, puisque l'art. 30 de la loi du 22 ventôse an XII porte que les avocats, selon l'ordre du tableau, et après eux les avoués, selon la date de leur réception, seront appelés, en l'absence des suppléants, à suppléer les juges, *les commissaires du gouvernement et leurs substituts*, disposition qui se trouve répétée en l'art. 35 du décret du 14 décembre 1810 (1).

---

(1) A l'appui de la solution ci-dessus, nous ajouterons que les avocats ont toujours eu le droit de remplacer les gens du roi. (*V.* JOUSSE, *Justice civile*, t. 2, p. 472; *Nouv. Denis.*, v° *Avocat*, art. 6.) Il est même à remarquer qu'autrefois il était de principe qu'en l'absence de tous les gens du roi, leurs fonctions étaient dévolues de droit aux plus anciens avocats, à l'exclusion du juge du siége. (*Ibid.*)

Les lois intermédiaires, qui ont précédé la publication du Code de procédure, n'ont rien

[[L'opinion de M. Carré, repoussée par la Cour de Metz, le 10 avril 1814 (*J. Av.*, t. 16, p. 762, 2e espèce), et par celle d'Aix, le 16 novembre 1824 (*J. Av.*, t. 27, p. 322), est adoptée, au contraire, par les Cours de Paris, 4 août 1807 (*J. Av.*, t. 16, p. 754); de Besançon, 1er juin 1809 (*J. Av.*, t. 16, p. 762, 1re espèce); de Nîmes, 16 juin 1830 (*J. Av.*, t. 41, p. 456), et de Montpellier, 14 janvier 1833 (*J. Av.*, t. 45, p. 546), et par MM. DELAPORTE, t. 1, p. 98; PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 239; THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 196, et BOITARD, t. 1, p. 161. L'article du décret de 1810, cité à la note, ne nous paraît pas pouvoir laisser de doute.

La Cour de Cassation a décidé, le 18 novembre 1829 (*J. Av.*, t. 38, p. 46), que, pourvu que le ministère public, à défaut du procureur du roi et de ses substituts, fût rempli par un juge, il n'était pas nécessaire que ce juge fût le plus jeune du siége.]] **Supp. alph.**, v° *Communic. au Min. publ.*, n. 36 et suiv.

416. *Le jugement est-il nul, lorsqu'un avocat, ayant, dans les audiences précédentes, plaidé pour l'une des parties, est appelé à remplacer le ministère public à l'audience de prononciation du jugement?*

Il est certain que cet avocat devrait être remplacé durant la prononciation du jugement qui intervient sur sa plaidoirie; néanmoins, s'il ne l'avait pas été, comme la loi ne déclare point nuls les jugements prononcés en pareille circonstance, les juges supérieurs ne pourraient en prononcer la nullité.

[[Comme il n'est pas nécessaire qu'un officier du ministère public soit présent à la prononciation du jugement (V. *suprà*, la *Quest.* 414 *bis*). la circonstance qui donne lieu à cette question ne pourra jamais entraîner la nullité, car rien n'empêche de regarder comme vacant le siége du ministère public.]]

417. *Les magistrats qui exercent le ministère public pourraient-ils remplacer un juge, et participer à un jugement?*

Non, parce qu'ils sont chargés de l'exécution des jugements, et que leurs fonctions sont circonscrites et déterminées par les principes sur la séparation du pouvoir exécutif du roi, d'avec l'exercice du pouvoir judiciaire qu'il a délégué, et enfin par l'art. 1er du tit. 8 de la loi du 24 août 1790 (1).

[[C'est ce qu'a jugé cinq fois, avec raison, la Cour de cassation, par arrêts

---

changé à cette prérogative des avocats inscrits au tableau, si ce n'est qu'ils ne peuvent plus être appelés à remplacer le ministère public qu'après les juges, les auditeurs et les suppléants, comme nous l'avons dit dans l'*Analyse*. (Loi du 27 ventôse an VIII, art. 27.)

L'art. 10 de la loi du 22 ventôse an XII porte en termes exprès que les avocats, selon l'ordre du tableau, seront appelés, en l'absence des suppléants, à remplacer les juges, *les commissaires du Gouvernement et leurs substituts;* seulement l'art. 84 du Code de procédure est plus précis sur ce point que l'art. 30 de cette loi, duquel il paraissait résulter que la seule absence ou autre empêchement des suppléants autorisait à appeler des avocats, au lieu que le Code ne le permet que dans le cas d'empêchement simultané des suppléants et des juges.

Nous rappellerons enfin que le décret sur l'ordre des avocats du 14 décembre 1810, postérieur au Code de procédure, tranche évidemment toute difficulté, et prouve qu'il n'a pas été dans l'intention du législateur de déroger à la loi de ventôse an XII. L'art. 35 de ce décret porte: « Ils (les avocats) seront appelés, dans *les cas déterminés par la loi*, à suppléer les juges et officiers du *ministère public.* » Le même article leur en fait même une *obligation*, à moins de justes motifs d'excuse. Or, en parlant des cas *déterminés par la loi*, ce décret se réfère évidemment tant à la loi du 22 ventôse an XII qu'à l'article 84 du Code de procédure; d'où il résulte que les avocats ne peuvent remplacer ces officiers, etc., que dans les cas d'absence ou de maladie, etc., des juges et des suppléants.

(1) *V.* les différentes questions que nous traiterons sur les art. 141 et 480, § 8.

du 23 nivôse an IV (*J. P.*, 3e édit., t. 1, p. 99); 14 ventôse an IV (*Ibid.*, p. 101); 4 et 6 thermidor an IV (*Ibid.*, p. 113), et 2 fructidor an IV (*Ibid.*, p. 114).

MM. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 240, et THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 196, sont du même avis.]]

TITRE V.

Des Audiences, de leur publicité et de leur police (1).

On sait qu'en termes de palais, ce mot *audience* signifie la séance dans laquelle les juges *écoutent* les demandes et les plaidoiries des parties.

L'*auditoire* est le lieu où se tient l'audience. (Art. 88, 684, § 5, 867, etc.)

Ce n'est pas, disait M. DARREAU (au *Répert.*, v° *Audience*), une chose indifférente pour le bien de la justice, que le lieu, le temps et la manière de tenir les audiences.

Aussi, le législateur, en se confiant sur plusieurs points relatifs à cet objet au zèle des juges, à leur respect pour l'opinion publique, à la surveillance des procureurs du roi, a-t-il cru en devoir régler les plus importants par des dispositions précises.

D'après ces dispositions et celles des règlements postérieurs à la publication du Code, les parties, au jour indiqué par l'avenir, comparaissent par l'intermédiaire de leurs avoués, qui peuvent non-seulement prendre des conclusions pour elles, mais encore plaider la cause, s'ils ont les qualités prescrites ou s'ils se trouvent dans les cas prévus par les art. 2 et 3 du décret du 2 juillet 1812, et par l'ordonnance du roi du 27 février 1822.

Chaque partie, assistée de son avoué, n'en conserve pas moins le droit naturel de se défendre par elle-même.

Ce n'est donc que dans les cas où elle n'entend pas user de ce droit, ou lorsque son avoué n'a pas les qualités requises, qu'elle est rigoureusement tenue de choisir un avocat. (Art. 86.)

Les plaidoiries ont lieu *publiquement* après l'*appel*, ou, comme on dit en Bretagne, mais par abus du mot (2), après *évocation* de la cause par l'huissier de service.

A ce principe de la publicité des audiences, qui est tout à la fois, et pour ceux qui y assistent, un moyen d'instruction, et pour les plaideurs une garantie contre la négligence, l'arbitraire et la prévarication, la loi fait une juste exception pour les affaires qui ne pourraient être plaidées publiquement, sans un grand scandale et sans un grand inconvénient. (Art. 87.)

Les juges, dans leurs fonctions, sont les mandataires du souverain et les organes de la justice. A ce double titre, ils ont droit à la vénération des citoyens, et les troubler dans l'exercice de leur auguste ministère, c'est attenter à la majesté du prince et à celle de la loi.

De là, les moyens de discipline et de répression donnés aux magistrats par les art. 88 à 92 inclus, à l'effet de maintenir l'ordre dans l'auditoire, et de punir ceux qui s'en écartent.

Mais nous remarquerons, avec M. Locré, dans son *Esprit du Code de procé-*

---

(1) *V.* le même titre, au livre des justices de paix, *suprà*, p. 39; Code d'instruction criminelle, chap. 4, liv. 4, tit. 2; Code pénal, § 2, sect. 4, chap. 3, tit. 1er, liv. 3. *Infrà*, les questions sur l'art. 1042; le règlement du 30 mars 1808, art. 10, 15, 553.

(2) En effet, ce mot *évocation* n'exprime, en droit, que la faculté qu'ont les juges d'appel de connaître du fond dans le cas prévu par l'art. 473

dure, t. 1, p. 220, que l'on n'aurait pas une idée exacte du dernier état de le législation sur les points que règlent les articles de ce Code, si l'on n'en rapprochait les dispositions du chap. 4, tit. 4, liv. 2 du Code d'instruction criminelle, et celles du § 2, sect. 4, chap. 3, tit. 1er, liv. 3 du Code pénal, qui changent ces articles dans quelques parties, et les modifient, étendent ou complètent dans d'autres.

Nous ferons connaître sur chacun d'eux ce qui, d'après les dispositions de ces deux Codes, est encore susceptible d'application. (*V.* ci-après nos questions sur les art. 89, 90, 91 et 92.)

ART. 85. Pourront les parties, assistées de leurs avoués, se défendre elles-mêmes : le tribunal cependant aura la faculté de leur interdire ce droit, s'il reconnaît que la passion, ou l'inexpérience, les empêche de discuter leur cause avec la décence convenable ou la clarté nécessaire pour l'instruction des juges.

[Notre Comm. du Tarif, t. 1, p. 149 à 173, nos 1 à 34.] — Ordonn. de 1667, tit. 11, art. 14. — Loi du 24 août 1790.—Code de Proc., art. 470. — Règlement du 30 mars 1808, art. 33.— [Notre Dict. géu. de proc., vis *Avoué*, n° 22; *Plaidoiries*, nos 3 à 7, 9, 13 à 15, 18, 19. — Carré. *Compétence*, 2e part., liv. 1er, tit. 1er, chap. 1er, art. 12, *Q.* 37, à la note, éd. in-8o, t. 1, p. 249; et tit. 3, chap. 3, art. 131, t. 2, p. 411.—Locré, t. 21, p. 410, nos 53 et 54; p. 533, n° 26, p. 572, n° 37.—QUESTIONS TRAITÉES : Une femme serait-elle admise à plaider sa cause? *Q.* 418.— Les tribunaux peuvent-ils, sans excès de pouvoir, régler la durée des plaidoiries? *Q.* 418 *bis*. — Un tribunal de commerce peut-il interdire aux parties la faculté de plaider elles-mêmes leur cause? *Q.* 419 — Une partie pourrait-elle charger de sa défense une autre personne qu'un avocat, ou, à son défaut, un avoué? *Q.* 420. — Si une partie ne trouvait pas d'avocat qui voulût défendre sa cause, et qu'elle justifiât du refus, ne pourrait-elle pas du moins, dans cette circonstance particulière confier sa défense à qui bon lui semblerait? *Q.* 421.] V. *infrà*, p. 518, Q. 421 *bis*

LXXI. La loi reconnaît et consacre, par cet article, un droit sacré, dont elle prévient en même temps l'abus, autant dans l'intérêt même de la partie qui veut être son propre défenseur, que dans celui de son adversaire. C'est ainsi que le tribunal peut interdire la plaidoirie à celui qui, au lieu d'éclaircir les faits de sa cause, au lieu d'y répandre la lumière, en épaissirait les ténèbres; qui, au lieu de parler de sang-froid, se laisserait égarer par la passion. Mais le législateur n'a pas douté que le magistrat n'userait de cette faculté qu'avec scrupule, et autant seulement que l'exigeraient le maintien de l'ordre et l'intérêt bien entendu des parties. D'un autre côté, il a voulu qu'elles ne pussent plaider elles-mêmes leurs causes qu'assistées de leurs avoués. C'est aux avoués, en effet, qu'il appartient de diriger les conclusions, et il est possible que, dans le cours de la plaidoirie, il y ait lieu de modifier celles qui auraient été prises par l'une d'elles, ou de demander acte d'aveux échappés à son adversaire. (*Exposé des motifs et Rap. au Corps lég.*)

418. *Une femme serait-elle admise à plaider sa cause?*

Les femmes, comme les hommes, jouissent de cette faculté, puisque la loi ne distingue point. On a vu, dans l'ancien régime, la marquise de Créqui obtenir du Parlement de Paris la permission de plaider elle-même, et il n'y a que peu d'années que la demoiselle Gracieux-Delacoste plaida devant la Cour de cassation. (V. *Sirey*, t. 7, p. 68.)

[[Cette opinion incontestable est partagée par MM. THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 197, et BONCENNE, t. 2, p. 297).

Dans l'ancienne jurisprudence, les parties ne pouvaient plaider elles-mêmes qu'après en avoir obtenu la permission; dans la nouvelle, toutes les parties, les femmes et même les mineurs, peuvent user de cette faculté, que la loi regarde comme un droit, sans y être préalablement autorisées. Les tribunaux ne

peuvent les en priver que par une décision expresse motivée sur les circonstances qu'indique l'art. 85.

Si le tribunal interdisait la parole à une partie avant de l'avoir entendue et sans avoir pu juger, par conséquent, si elle se trouve dans l'un des cas d'exclusion prévus par cet article, son jugement serait nul, comme l'enseigne positivement M. DEMIAU-CROUZILHAC, p. 85, et comme l'a jugé la Cour de Bourges, le 17 août 1829 (*J. Av.*, t. 37, p. 275). Ce cas est assimilé en effet à celui où un jugement serait rendu contre une partie qui n'aurait été ni entendue ni mise à même de se défendre, et l'on sent qu'alors il y aurait nullité radicale, ainsi que l'a décidé la Cour de Pau, le 1er septembre 1818 (*J. Av.*, t. 2, p. 556).

La seule condition exigée de la partie qui veut se défendre elle-même, c'est l'assistance de son avoué, comme garantie qu'il ne sera point pris de conclusions illégales; tel est le motif qu'en donne M. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 241.]]

[[**418** bis. *Les tribunaux peuvent-ils, sans excès de pouvoir, régler la durée des plaidoiries? ou juger, sans plaidoiries, sur simples conclusions?*

Nous venons de dire qu'il y aurait nullité de jugement contre une partie qui n'aurait été ni entendue, ni mise à même de se défendre. Mais ce principe de droit naturel n'empêche pas que les magistrats n'aient le pouvoir de régler la durée des plaidoiries, de la proportionner à l'importance et aux difficultés de la matière, de la faire cesser quand ils pensent que l'affaire est suffisamment instruite. A eux seuls appartient la police de leur audience, et ce point en est une portion essentielle. L'abus dont on les accuserait dans l'exercice de ce pouvoir ne peut devenir un moyen de cassation contre leur sentence.

Ainsi l'a jugé la Cour suprême, les 30 avril 1807 (*J. Av.*, t. 18, p. 522); 22 novembre 1829 (*J. Av.*, t. 38, p. 194), et 2 juin 1832 (*J. Av.*, t. 43, p. 689).

Mais M. MERLIN, v° *Chose jugée*, § 15, sur les conclusions duquel fut rendu le premier de ces arrêts, fait observer, avec raison, que ce pouvoir des magistrats ne peut aller jusqu'à refuser absolument la parole à une partie ou à son défenseur.

Encore moins pourraient-ils prononcer leur jugement sans avoir entendu les plaidoiries et sur les simples conclusions des avoués, lorsque l'avocat est légitimement empêché de se trouver à l'audience, et que la partie ainsi privée fortuitement de son défenseur, réclame un délai qu'il est de toute justice de lui accorder.

Il est vrai que l'art. 28 du règlement du 30 mars 1808 dispose que l'avocat qui ne pourra se trouver à l'audience indiquée pour la plaidoirie, devra en faire l'observation au moment même où le jour sera fixé, après la position des qualités, mais l'empêchement légal ne peut-il pas survenir dans l'intervalle, et à la veille ou à l'heure même de l'audience.

L'équité et la raison permettent-elles alors de passer outre au jugement de la cause, et de sacrifier les intérêts de la partie délaissée? Les magistrats qui procèdent de la sorte, en disant que sans avocat le jugement n'en ira que mieux, ne blessent-ils pas à la fois leur devoir et la justice, pour la vaine satisfaction que peut leur procurer une plaisanterie peu digne de leur caractère élevé? Une décision rendue dans de telles circonstances, ne doit-elle pas être cassée comme blessant les droits de la défense?

Oui, elle doit être cassée, nous n'hésitons pas à le dire, malgré l'arrêt de la Cour suprême, chambre civile du 31 déc. 1834 (*J. Av.*, t. 48, p. 238), qui rejeta le moyen pris de ce que l'arrêt dénoncé, en constatant les conclusions des avoués ne mentionnait pas que les avocats eussent plaidé. Mais rien aussi n'annonçait, dans l'espèce, que les parties eussent demandé une remise.

d'où il semblait résulter qu'elles avaient consenti à être jugées sur de simples conclusions ; et comme ce point de fait a servi de motif au rejet du pourvoi, il est permis d'en conclure que dans une circonstance différente, la Cour n'aurait pas perdu l'occasion de consacrer la doctrine que nous professons.

Au reste, c'est même avec une très grande réserve que les magistrats doivent user du pouvoir discrétionnaire qu'ils ont de régler la durée des plaidoiries. Le président peut être doué d'une intelligence supérieure, et la cause sera *entendue* pour lui, lorsque quelques-uns de ses collègues n'auront pas compris même le point de fait. Il est du devoir des juges de résister à l'entraînement de celui qui les préside; le développement des plaidoiries ne doit donc être arrêté qu'autant que tous ceux qui doivent juger sont complétement éclairés, et sur le fait et sur le droit. Qu'on n'objecte pas qu'à la Chambre du conseil, les juges dont la pénétration a deviné la cause éclaireront leurs collègues. C'est à la partie à indiquer ses moyens; ils peuvent être complétement dénaturés en passant par la bouche d'un magistrat dont l'opinion est formée.

Malgré notre respect pour la magistrature, nous croyons devoir signaler un abus qui plus d'une fois a été fatal à la bonne administration de la justice: nous sommes tous sujets à l'erreur, et l'erreur judiciaire est une *faute lourde.* (V. *infrà*, p. 520, note 1.)]] **Supp. alph.**, v° *Défenses*, n. 11.

419. *Un tribunal de commerce peut-il interdire aux parties la faculté de plaider elles-mêmes leurs causes ?*

Oui [[sans doute]], puisque l'art. 85 ne distingue point. (LOCRÉ, *Esprit du Code de comm.*, t. 7, p. 132.)

420. *Une partie pourrait-elle charger de sa défense une autre personne qu'un avocat, ou, à son défaut, un avoué ?*

M. LEPAGE, dans l'introduction à ses *Questions*, p. 32, dit que les parties peuvent confier leur défense à des personnes qui ne seraient pas sur la liste des avocats; mais qu'alors le tribunal peut exiger la représentation des pouvoirs donnés à ces personnes, et que, s'il les jugeait trop peu instruites, il était autorisé à leur refuser la parole. M. COMMAILLE, t. 1, p. 155, paraît partager cette opinion, que M. DELAPORTE, t. 1, p. 99, combat, en se fondant sur les dispositions de la loi du 22 ventôse, portant rétablissement des écoles de droit et de l'ordre des avocats. Aujourd'hui, il n'est pas permis de douter qu'un tribunal serait dans l'obligation d'interdire la défense à un individu qui n'aurait ni le titre d'avocat, ni la qualité d'avoué. La loi du 22 ventôse an XII, et le décret du 14 décembre 1810 accordent *exclusivement* aux avocats, ou aux avoués, à leur défaut, le droit de plaider et d'écrire; il n'y a d'exception qu'en matière criminelle, lorsque le président, conformément à l'art. 295 du Code d'instruction, accorde à l'accusé la permission de prendre pour conseil un de ses parents ou amis.

[[La Cour de cassation a jugé, le 22 août 1822 (*J. Av.*, t. 24, p. 285), que les parties ne peuvent se faire défendre par un parent, encore qu'il s'agisse d'un père qui se présente pour plaider la cause de sa fille. Mais, le 9 novembre 1830 (*J. Av.*, t. 40, p. 81), elle a décidé le contraire, en accordant la parole devant elle à un fils qui venait soutenir le pourvoi formé par sa mère. Ce dernier arrêt se fonde autant sur l'art. 85 du Code de procédure civile, que sur les art. 94 de la loi du 27 ventôse an VIII, et 15 du règlement du 4 prairial an VIII, qui sont conçus dans les mêmes termes. Ces termes auraient dû, d'après nous, commander une autre décision. La première jurisprudence de la Cour su-

prême nous paraît donc plus légale, sans nous dissimuler ce qu'il y a de rigoureux d'empêcher un fils de défendre son père, ou un mari de défendre sa femme. La disposition de l'art. 86 semble être la confirmation du principe que nous adoptons à regret; car si cet article accorde, par exception, aux juges, procureurs généraux, etc., le droit de plaider les causes de leurs femmes parents ou alliés en ligne directe, et de leurs pupilles, c'est sans doute parce que cette faculté n'appartient pas naturellement aux autres citoyens.

Cependant on pourrait encore opposer que cette exception n'en est pas une à la règle générale qui régit les droits de tous les citoyens, mais plutôt à l'exception même où se trouvent placés les juges en leur qualité.

M. THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 198, pense qu'un tuteur ne pourrait prendre la parole dans la cause de son pupille, attendu que la faculté de l'art. 85 n'existe, pour ceux qui ne sont pas magistrats, qu'à l'égard de leurs causes *personnelles*. Cette solution nous semble trop sévère. La partie, en ce cas, est double, le tuteur et le pupille. (*V.* notre *Quest.* 418.)]]

421. *Si une partie ne trouvait pas d'avocat qui voulût défendre sa cause, et qu'elle justifiât du refus, ne pourrait-elle pas, du moins dans cette circonstance particulière, confier sa défense à qui bon lui semblerait?*

Non; le juge aurait alors à lui désigner d'office un avocat, conformément à l'art. 41 du décret du 14 décembre 1810.

[[Le décret du 14 décembre 1810 a été abrogé par l'art. 45 de l'ordonnance du 20 novembre 1822. La Cour de Riom l'a jugé en audience solennelle, le 11 juillet 1828, dans une espèce où un avocat d'Issoire, Me T.... S...., avait refusé de défendre les héritiers Petre, malgré la désignation du bâtonnier.

En rapportant cette décision, dans notre *Journal des Avoués*, t. 35, p. 1re, nous avons regretté que le nom de l'honorable avocat qui méritait l'approbation plutôt que la censure du ministère public, n'eût pas été donné par le *Journal des tribunaux*.

Que l'exemple de l'avocat T.... S.... soit suivi par tous les membres du barreau, et le Palais sera bientôt dégagé de cette foule de procès produits par l'entêtement, et qu'il ne doit pas être permis de soutenir devant les tribunaux Si le législateur a cru devoir, dans l'intérêt de l'ordre public, imposer à la liberté de l'avocat une entrave en matière criminelle, c'est qu'il a considéré l'honneur et la vie d'un citoyen comme les choses les plus précieuses, et qu'il a voulu qu'on le défendît contre les apparences, souvent trompeuses, et contre la prévention; en matière criminelle, la société outragée a pour organe le ministère public; la loi lui a nommé un contradicteur qui doit être écouté avec une aussi religieuse attention. L'avocat nommé d'office est l'homme de la loi, comme le ministère public; il y a plus, son langage peut souvent paraître étonnant, il ne le tiendrait pas s'il était libre d'agir autrement; mais la loi l'a mis à la place de l'accusé, et c'est l'accusé qu'on entend et non l'avocat.

En matière civile, au contraire, l'avocat n'a d'autre juge que sa conscience il arrête les procès ou leur donne le jour; si, après les avoir conseillés, de nouvelles lumières viennent l'éclairer, il refuse son ministère, et il ne doit compte de sa conduite à personne; ce serait avilir une si noble profession, et tacher la robe des Cochin, des Malesherbes et des Tripier, que de forcer l'avocat à prêter sa parole aux misérables chicanes d'un plaideur de mauvaise foi; nous devons le dire, ce système nous paraîtrait subversif de la morale publique.]]

Supp. alph., v° *Défenses*, n. 9 et 10. *Un avoué peut-il, sans avocat, s'en rapporter à la sagesse du tribunal?*

ART. 86. Les parties ne pourront charger de leur défense, soit ver-

bale, soit par écrit, même à titre de consultation, les juges en activité de service, procureurs généraux, procureurs du roi, leurs substituts, même dans les tribunaux autres que ceux près desquels ils exercent leurs fonctions : pourront néanmoins les juges, procureurs généraux, avocats généraux, procureurs du roi et substituts des procureurs généraux et du roi, plaider, dans tous les tribunaux, leurs causes personnelles, et celles de leurs femmes, parents ou alliés en ligne directe, et de leurs pupilles.

Code de Procédure, art. 378, n°s 8, 470, 1040.— [Notre Dictionn. gén. de proc., v° *Plaidoirie*, n° 8.— M. Carré, *Compétence*, 2e part., liv. 1er, tit. 1er, chap 1er, art. 12, *Q.* 39, éd. in-8°, t. 1. p. 264; et ch. 6 art. 57, n° XXXVI, *Q.* 82 et 83, t. 2, p. 30, 34 et 37. — Locré, t. 21. p. 259, n° 36; p. 412. n° 55; p. 533, n° 27; et p. 572, n° 38. — QUESTION TRAITÉE : Un juge ou un officier du ministère public, pourrait-il plaider dans une cause qui ne lui serait pas personnelle, ou qui n'intéresserait pas ses proches, sous prétexte que, pendant le temps des vacances, il n'est pas en activité de service? *Q.* 422.]

LXXII. L'indépendance que la magistrature doit toujours conserver, l'attention qu'elle doit avoir de ne rien faire qui l'expose au soupçon de partialité, ou à la nécessité de s'abstenir, tout commande aux juges en activité de service, et aux officiers du ministère public, de ne se charger d'aucune défense verbale ou par écrit, même à titre de consultation. Telles sont les considérations qui ont déterminé la prohibition portée dans l'art. 86, et la disposition du décret du 14 décembre 1810 (article 18), qui déclare toute fonction de l'ordre judiciaire incompatible avec celle d'avocat; mais on sent que cette prohibition ne pouvait s'appliquer aux causes personnelles des juges, ou à celles de leurs femmes, parents ou alliés en ligne directe, ou de leurs pupilles : dans ces circonstances la défense est un devoir. (*Exposé des motifs et Rapport au Corps législatif.*)

422. *Un juge ou officier du ministère public pourrait-il plaider dans une cause qui ne lui serait pas personnelle, ou qui n'intéresserait pas ses proches, sous prétexte que, pendant le temps des vacances, il ne serait pas* EN ACTIVITÉ DE SERVICE?

Ces mots, *en activité de service*, n'ont été insérés dans l'art. 86 qu'afin de distinguer les juges en titre, qui sont toujours en activité de service, des suppléants qui ont le caractère de juges, mais qui n'en exercent qu'accidentellement les fonctions, et qui conséquemment peuvent remplir celles d'avocat, ainsi que l'a décidé le décret du 14 décembre 1810, art. 18. (*V.* DELAPORTE, t. 1, p. 101) (1).

Il suit de là qu'il y aurait violation manifeste de la disposition de ce décret, et du principe que les incompatibilités ne peuvent se suppléer, si l'on étendait aux juges suppléants la prohibition de notre article; mais elle est nécessairement applicable *aux juges auditeurs*.

[[Cette interprétation est aussi donnée par M. THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 199.

M. CARRÉ, dans son *Traité de la compétence*, enseigne que la prohibition de l'art. 86 s'étend à toute espèce de juridiction, criminelle, commerciale, etc.

---

(1) Mais il n'y aurait pas nullité du jugement rendu sur plaidoirie d'un juge en activité de service, même dans un cas où le droit de plaider lui serait interdit, attendu que l'art. 86 ne prononce pas la peine de nullité. (Art. 1030, et Rennes, 31 août 1816, *Journ.*, t. 1, p. 442, et *J. Av.*, t. 18, p. 524.)

M. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 243, est d'avis que le mot *plaider*, employé dans cet article, doit se prendre dans le sens le plus étendu de la défense, et que, par conséquent, les magistrats qui se trouvent placés dans le cas de l'exception peuvent parler, écrire et consulter.

Toutes ces observations nous paraissent justes et utiles à noter; la dernière s'appuie des observations du Tribunat. (LOCRÉ, t. 21, p. 412, n° 55.)]]

ART. 87. Les plaidoiries sont publiques, excepté dans les cas où la loi ordonne qu'elles seront secrètes (1). Pourra cependant le tribunal ordonner qu'elles se feront à huis clos, si la discussion publique devait entraîner du scandale ou des inconvénients graves; mais, dans ce cas, le tribunal sera tenu d'en délibérer, et de rendre compte de sa délibération au procureur général près la Cour royale, et, si la cause est pendante dans une Cour royale, au ministre de la justice.

Tarif, 83.—Loi du 20 avril 1810, art. 7.—Code civil, art. 219, 241, 242 — Code de Proc., art. 111, 141 879.—Code d'inst. crim., art. 153, 171, 190, 210.—Règlement du 30 mars 1808, art. 34. — [Notre Dict. gén. de Proc., vis *Avocat*, n° 14; *Audience*, nos 7, 11 à 13, 17, 18, 22, 25 à 39. — Devilleneuve, v° *Jugement*, § 4.—Armand Dalloz, v° *Audience*, nos 2 à 22. — Carré, *Compétence*, 2e part., liv. 1er, tit. 1er, chap. 1er, art. 13, éd. in-8°, t. 1, p. 271; *Q.* 44; t. 1, p. 277; et à la note, t. 1, p. 278. — Locré, t. 21, p. 261, n° 37; p. 534, n° 28; p. 573, n° 39. — QUESTIONS TRAITÉES : La distribution des billets pour entrer de préférence à une audience contrarie-t-elle la publicité? *Q.* 422 *bis*. — Dans le cas où les juges ordonnent que les plaidoiries se feront à huis clos, sont-ils obligés d'attendre le consentement du procureur général ou du ministre? *Q.* 423 —La faculté accordée aux juges d'ordonner que les plaidoiries se feront à huis clos suppose-t-elle que le jugement ne sera pas prononcé en présence du public? *Q.* 424. — Les tribunaux de commerce peuvent-ils appliquer l'art. 87? *Q.* 425. — Est-il quelques exceptions au principe de la prononciation publique de tout jugement? *Q.* 426.] (2) V. *infrà*, p. 521, Q. 422 *ter*.

---

(1) D'après la loi, les plaidoiries ne doivent être secrètes que dans le cas où la femme plaide contre son mari qui a refusé de l'autoriser. (C. C., art. 219.) Elles devraient l'être également en cas de divorce pour cause déterminée. (*Ibid.*, art. 241, 242.) Doit-on, par analogie, dire la même chose en matière de séparation de corps, demandée pour les mêmes causes? C'est notre opinion, nonobstant la disposition générale de l'art. 879, *eadem ratio, idem jus*.

Au reste si l'on pensait, d'après cet article, que l'audience ne dût pas être secrète de *plein droit*, il serait du devoir de l'ordonner, en conformité de l'art. 87.

[Bien loin d'approuver cette doctrine, quelques auteurs et quelques tribunaux ont longtemps pensé que les causes de séparation de corps devaient être jugées en audience solennelle, et l'on sait que la publicité est un élément sans lequel ces sortes d'audience ne pourraient se concevoir, comme l'a jugé la Cour de cassation le 16 novembre 1825 (*J. Av.*, t. 32, p. 31). Mais cette question, tranchée contre leur opinion par l'ordonnance royale du 16 mai 1835 (*J. Av.*, t. 48, p. 316), et toutes celles qui concernent l'audience solennelle, ne doivent pas être examinées dans un traité de procédure. Car ce sont de pures questions de compétence. On peut voir cependant les indications que nous avons données à ce sujet dans notre *Dict. gén. de procéd.*, v° *Audience*, nos 40 à 62. Au reste, l'observation de M. Carré, au deuxième alinéa, est juste, et consacrée par la Cour de cassation le 13 décembre 1808 (*J. Av.*, t. 4, p. 674).]

(2) JURISPRUDENCE.

[Nous pensons que :

1° Les instances en récusation doivent, sous peine de nullité, être instruites en audience publique; cassat., 19 décembre 1831 (*J. Av.*, t. 42, p. 161);

2° C'est en audience publique que doivent être plaidées et jugées les demandes en réduction d'hypothèques légales. Montpellier, 5 mai 1828 (*J. Av.*, t. 35, p. 375);

3° Les contestations relatives au droit que peuvent avoir les avoués de plaider les causes sommaires doivent être jugées en audience publique, et par la juridiction ordinaire, au lieu de l'être par la voie réglementaire en la chambre du conseil. Amiens, 24 avril 1825 (*J. Av.*, t. 30, p. 49).

LXXIII. La publicité des audiences a toujours été considérée comme doublement avantageuse, en ce qu'elle offre aux citoyens des leçons de morale civile, dans l'application des règles du juste et de l'injuste; et qu'en outre, elle assure aux plaideurs une garantie contre la négligence, l'arbitraire et la prévarication.

Mais il est des affaires où cette publicité, loin de produire aucun bien, serait une véritable calamité. S'il s'agit de contestations entre parents, et que l'affaire entraîne des détails domestiques, dont la révélation ne serait pour le public qu'un objet de scandale, et, pour les parties intéressées, qu'un sujet d'aigreur et de haine, la décence, les bonnes mœurs, le repos des familles, demandent que de telles affaires soient plaidées *devant les juges seuls* (1). Dans ces cas, heureusement rares, l'art. 87, à l'exemple de l'ancienne jurisprudence, autorise le tribunal à l'ordonner; mais il prend des précautions contre l'abus de cette exception salutaire, en lui prescrivant de délibérer, avant tout, sur cet objet, et de rendre compte des motifs de sa délibération aux fonctionnaires qu'il indique. (*Exposé des motifs et Rapp. au Corps législatif.*)

[[**422** bis. *La distribution de billets pour entrer de préférence à une audience, contrarie-t-elle la publicité?*

Le 6 février 1812 (*S.*, t. 12, 1re part., p. 108, et *J. Av.*, t. 4, p. 675) la Cour de cassation a regardé une telle distribution comme une mesure d'ordre et de police qui ne porte point atteinte à la publicité requise par l'art. 87.

Toutefois, si la salle entière était occupée par les porteurs de billets, et que le public non privilégié n'eût aucun espace réservé pour lui, on ne saurait s'empêcher de voir, dans cette précaution, un véritable huis clos, et nous croyons que le jugement qui interviendrait échapperait difficilement à la nullité.

Aussi, M. FAVARD DE LANGLADE, t. 1, p. 247 et 248, recommande-t-il de n'user de ce moyen de police qu'avec réserve, et M. Carré, en rapportant l'arrêt ci-dessus, à sa note jurisprudence, s'exprimait ainsi : « Il vaut mieux que cette distribution n'ait jamais lieu, ou du moins soit restreinte de manière à ne pas dégénérer en privilége exclusif. »]]

Supp. alph., v° *Audience*, n. 4 et suiv. *Pour la publicité l'audience doit-elle être tenue dans la salle des séances publiques?*

423. *Dans le cas où les juges ordonnent que plaidoiries se feront à huis clos, sont-ils obligés d'attendre le consentement du procureur général ou du ministre?*

La loi ne l'exige pas; elle n'impose aux juges que l'obligation de *rendre compte* de leur délibération, afin qu'ils soient retenus par la surveillance des autorités supérieures, et qu'ils n'ordonnent que les plaidoiries seront secrètes

---

(1) *Devant les juges seuls*; c'est ce qu'exriment ces mots de l'art. 87, à *huis clos*. Si, a proprement parler, cette ancienne locution ne signfie autre chose que *portes fermées*, dans l'intention du législateur, leur acception est entendue en ce sens, que nul autre que les juges, l'officier du ministère public, le greffier et l'huissier de service, ne peut être admis dans l'auditoire.

[Nous croyons néanmoins que les avocats ont le droit d'assister même aux audiences de huis clos. L'indiscrétion n'est pas à craindre de la part d'hommes qui exercent cette profession; et, quant à ceux d'entre eux qui sont encore jeunes, leur refuserait-on le moyen d'acquérir de l'expérience dans les causes qui en exigent le plus? *V.* dans ce sens les excellentes observations de M. Daviel, dans le *J. Av.*, t. 5, p. 206, v° *Avocat*, n° 54.]

que dans les cas d'une nécessité absolue. (*V.* le rapp. du tribun Faure, édition de Didot, t. 2, p. 164; DELAPORTE, t. 1, p. 101.)

[[Telle est aussi l'opinion de MM. FAVARD DE LANGLADE, t. 1, p. 248, n° 2, et DALLOZ, t. 9, p. 612, n° 3, et la nôtre.

Il faut remarquer que la délibération qui ordonne le huis clos doit être motivée, comme tout autre espèce de jugement, et que, faute de contenir la déclaration que la publicité des débats serait dangereuse pour les mœurs ou l'ordre public, elle ne justifierait pas suffisamment le huis clos; il y aurait nullité.

La Cour de cassation s'est montrée sévère sur ce point, par les arrêts des 17 mars 1827 (*J. Av.*, t. 33, p. 365), 12 juin 1828 (DALLOZ, t. 28, 1re part., p. 274) et 9 septembre 1830 (*S.*, 1831, 1re part., p. 186). Tous ces arrêts, rendus en matière criminelle, sont applicables en matière civile.]]

424. *La faculté accordée aux juges, d'ordonner que les plaidoiries se feront à huis clos, suppose-t-elle que le jugement ne sera pas prononcé en présence du public?*

Les juges étant obligés, par l'art. 141, à motiver leurs décisions, on pourrait croire qu'il y aurait quelques raisons d'étendre à la prononciation d'un jugement qui aurait à relater des faits scandaleux, les dispositions de l'art. 87, qui ne parle que des plaidoiries; mais si l'on considère que cette disposition n'est qu'une exception à la règle générale de la publicité des audiences, et qu'un jugement est un acte solennel qui ne peut être soustrait à la connaissance du public, on reconnaîtra que l'exception ne peut être étendue au delà du cas pour lequel elle est établie; que la raison de cette exception n'existe point pour la prononciation du jugement, dont l'énoncé ne comporte point les détails d'une plaidoirie, et dont la rédaction peut être faite en des termes plus décents que ceux qui peuvent échapper dans le cours d'un débat. Ainsi, nous pensons, comme M. DUFOUR, *Conférences*, p. 53, que, dans les causes discutées à huis clos, il ne doit y avoir que les plaidoiries de secrètes, mais que les jugements doivent être prononcés en audience publique, même avec tous leurs motifs.

[[En effet, l'art. 7 de la loi du 20 avril 1810, fait, de la publicité de la prononciation, une condition essentielle de la validité de tout jugement.

Ce principe, qui se trouve reproduit par diverses dispositions législatives, sera établi et confirmé par un grand nombre d'applications au titre des *Jugements*. Il n'y est point dérogé par l'art. 87, puisque celui-ci ne s'occupe que de la publicité ou du huis clos des *plaidoiries :* il faut donc décider qu'alors même que les débats sont secrets, le jugement doit être rendu en public. C'est ce qui a été jugé, en matière criminelle, par la Cour de cassation, les 22 avril 1820 (*J. Av.*, t. 4, p. 682); 18 septembre et 12 décembre 1823 (*J. Av.*, t. 25, p. 329). D'après ces arrêts, non-seulement la décision définitive de la Cour d'assises, mais encore le résumé du président et l'arrêt qui ordonne le huis clos, doivent être prononcés publiquement. Néanmoins, le 29 avril 1826 (*J. Av.*, t. 32, p. 38), elle a excepté de cette règle l'arrêt rendu pendant le huis clos sur la demande de l'accusé, tendant à le faire cesser, parce qu'une fois le huis clos ordonné, tous les arrêts qui se prononcent pendant sa durée sont censés faire partie des débats; mais elle a changé de jurisprudence sur ce dernier point le 28 janvier 1836 (*J. Av.*, t. 52, p. 302), en reconnaissant que les arrêts étant extrinsèques aux débats, et ne pouvant être considérés comme en faisant partie, ils rentrent dans la règle générale et doivent être prononcés publiquement.

Au reste, l'on sait qu'il ne suffit pas, pour sa validité, que le jugement soit

rendu publiquement, il faut encore qu'il en fasse mention, comme il résulte d'un arrêt de la Cour de cassation du 19 mai 1813 (*S.*, t. 14, 1re part., p. 112, et *J. Av.* t. 4, p. 65), et de plusieurs autres, qui seront rapportés au titre des *Jugements*.

Quant à la solution qui fait l'objet de ce numéro, elle est approuvée par MM. FAVARD DE LANGLADE, t. 1, p. 248, n° 2, et DALLOZ, t. 9, p. 612, n° 2.]]

425. *Les tribunaux de commerce peuvent-ils appliquer l'art. 87?*

La première disposition de cet article, dit M. LOCRÉ, t. 21, p. 414, n° 57, est évidemment applicable aux tribunaux de commerce.

Mais, après avoir rapporté la discussion qui eut lieu sur la seconde au conseil d'Etat, il se borne à faire observer, p. 130, qu'il est assez difficile qu'il se présente devant un tribunal de commerce des causes qui soient de nature à être plaidées à huis clos.

Quoi qu'il en soit, comme cela n'est pas absolument impossible, nous pensons que les tribunaux de commerce doivent se conformer, le cas arrivant, aux dispositions de l'art. 87.

[[Par la même raison, nous pensons qu'il en doit être de même des juges de paix.]]

426. *Est-il quelques exceptions au principe de la prononciation publique de tout jugement?*

Nous en reconnaissons quatre relatives :

1° Aux jugements d'adoption rendus en premier degré de juridiction. (C. C., art. 355 et 356.)

[[Enseigné aussi par M. THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 201.]]

2° A ceux de subrogation à une poursuite d'ordre. (C. de P., art. 779; T., articles 138 et 139.)

[[Sans qu'il y eût nullité, en cas de prononciation à l'audience; Bourges, 7 février 1827 (*J. Av.*, t. 33, p. 128).]]

3° Aux fautes de discipline des officiers ministériels; Cass., 3 novembre 1806 (*J. Av.*, t. 5, p. 255).

[[La Cour d'Agen a rendu une décision opposée le 28 février 1825 (*J. Av.*, t. 31, p. 116).]]

4° Aux autorisations des femmes mariées, par les raisons qui seront déduites sur l'art. 861.

[[Sous le n° 2923, nous traitons cette grave difficulté; et nous examinons si la loi a permis, dans les autres cas, le huis clos de plein droit et sans motifs spéciaux.]]

ART. 88. Ceux qui assisteront aux audiences se tiendront découverts, dans le respect et le silence; tout ce que le président ordonnera pour le maintien de l'ordre sera exécuté ponctuellement et à l'instant.

La même disposition sera observée dans les lieux où, soit les juges, soit les procureurs du roi, exerceront des fonctions de leur état (1).

C. de P., art. 10, 276, 1036.— C. d'inst., crim., art. 34, 181, 267, 504 et suiv.—Décret du 14 déc. 1810 2e disposit. — [Locré, t. 21, p. 532, n° 25.— Arm. Dalloz, v° *Audience*, n° 23.— Carré, *Compétence* 2e part., liv. 2, tit. 3, art. 277, éd. in-8°, t. 4, p. 140.]

(1) V. art. 296, 297, 1040.

LXXIV. Il suffit de lire les dispositions de l'article ci-dessus et de ceux qui le suivent et en forment le complement, pour être convaincu de leur sagesse. Il n'est pas besoin de prouver que les magistrats ne doivent jamais être troublés dans l'exercice de leurs fonctions ; que celui qui manque de respect au tribunal ou à l'un de ses membres commet un véritable délit.... Il s'agit ici de venger moins encore la personne du magistrat que la justice outragée. Le jugement doit être prompt ; le moindre retard ferait perdre le fruit de l'exemple, et il faut que le public apprenne que l'offense envers la justice est punie aussitôt qu'elle est commise. (*Rapp. au Corps lég.*)

Malheur au juge qui, n'étant pas pénétré de la dignité de ses fonctions, ou oliant qu'il a l'honneur de rendre la justice au nom du Roi, aurait la coupable faiblesse de souffrir des murmures et des mouvements irrespectueux ! (*Exposé des motifs.*) Mais malheur aussi au magistrat qui, abusant du pouvoir que la loi met entre ses mains, se permettrait d'entraver le droit naturel et sacré *d'une défense légitime* (1) ! Il doit également compte au prince de l'emploi qu'il aurait fait de ce pouvoir, et de l'emploi qu'il en aurait dû faire.

ART. 89. Si un ou plusieurs individus, quels qu'ils soient, interrompent le silence, donnent des signes d'approbation ou d'improbation, soit à la défense des parties, soit aux discours des juges ou du ministère public, soit aux interpellations, avertissements ou ordres du président, juge-commissaire ou procureur du Roi, soit aux jugements ou ordonnances, causent ou excitent du tumulte de quelque manière que ce soit, et si, après l'avertissement des huissiers, ils ne rentrent pas dans l'ordre sur-le-champ, il leur sera enjoint de se retirer, et les résistants seront saisis et déposés à l'instant dans la maison d'arrêt pour vingt-quatre heures : ils y seront reçus sur l'exhibition de l'ordre du président, qui sera mentionné au procès-verbal de l'audience.

Code de Proc., art. 10 et suiv., 781, n° 4.—Code d'instr. crim., art. 34, 267, 504 et suiv. — Commentaire de l'art. 88.—[Armand Dalloz, v° *Audience*, n°s 24 à 30.—Carré, *Compétence*, 2e part., liv. Ier, tit. 3, chap. 5, art. 201, n° CXVI, éd. in-8°, t. 3, p. 152; et liv. II, tit. 3, art. 277, *Q.* 273, t. 4, p. 145, — Locré, t. 21, p. 414, n° 57. — QUESTIONS TRAITÉES : Si le fait qui donne lieu au dépôt d'un individu dans la maison d'arrêt, s'est passé dans un lieu où la police appartenait à un juge-commissaire ou au procureur du roi, serait-ce néanmoins le président du tribunal qui donnerait l'ordre? *Q.* 427 — L'art. 504 du Code d'instruction criminelle a-t-il dérogé à l'art. 89 du Code de procédure civile *Q.* 428 (2).]

---

(1) Ce qu'a dit notre estimable et savant confrère, M. Dupin aîné, en parlant de la libre défense des accusés, dans la lettre qu'il a ajoutée à celles du célèbre Camus, trouve, en grande partie, une juste application aux matières civiles. Nous rappellerons toutefois,

1° Que le président peut faire cesser les plaidoiries lorsque les juges trouvent la cause suffisamment instruite. (Règl. du 30 mars 1808. art. 44.)

[V. *suprà*, notre *Quest.* 418 *bis*.]

2° Que la décision du juge, sur l'étendue de la défense, n'est pas susceptible de cassation, à moins qu'il n'ait refusé la parole à l'avocat. (*Nouv. Répert.*, aux mots *Défense* et *Chose jugée*, et *suprà Quest.* 418 *bis*.)

(2) JURISPRUDENCE.

[Nous pensons que :

Le juge, dans le cas prévu par l'art. 89, n'est pas autorisé à prononcer une amende, et il ne peut infliger la peine de la prison qu'après injonction au délinquant de se retirer. Cass., 24 brumaire an XIV (*S.*, t. 7, 2e partie, p. 1014, et *J. P.*, 3e édit., t. 5, p. 40.]

427. *Si le fait qui donne lieu au dépôt d'un individu dans la maison d'arrêt, s'est passé dans un lieu où la police appartenait à un juge-commissaire ou au procureur du roi, serait-ce néanmoins le président du tribunal qui donnerait l'ordre?*

Quoique l'article contienne ces expressions, *seront reçus sur l'exhibition de l'ordre du* PRÉSIDENT, il est néanmoins certain, d'après les termes des art. 88 et 91, et les autres expressions de l'art. 89, que ce serait ou le juge-commissaire, ou le procureur du roi ayant la police du lieu où il exercerait ses fonctions, qui décernerait l'ordre de dépôt. (*V.* DELAPORTE, t. 1, p. 103; PIGEAU, t. 1. p. 352.)

[[D'ailleurs, l'art. 504 du Code d'instruction criminelle le dit expressément. M. FAVARD DE LANGLADE, t. 1, p. 250, n° 3, le fait observer.]]

428. *L'art.* 504 *du Code d'instruction a-t-il dérogé à l'art.* 89 *du Code de procédure civile?*

Oui, en ce que l'art. 89 ordonne un avertissement préalable, même dans le cas de tumulte, tandis que l'art. 504 autorise de suite l'expulsion; reste le cas d'une simple interruption de silence *sans tumulte*, prévu par le même art. 89, et sur lequel l'art 504 garde le silence. Dans ce cas, la disposition du Code de procédure doit encore recevoir son application, et l'avertissement est nécessaire. (*V.* LEGRAVEREND, *Législ. crim.*, t. 1, p. 506, *aux notes.*)

[[Il est d'ailleurs de la dignité du magistrat d'éviter toute précipitation, et il fera bien de ne prendre aucune mesure de rigueur, sans avoir essayé de la prévenir par un avis indulgent.]]

ART. 90. Si le trouble est causé par un individu remplissant une fonction près le tribunal (1), il pourra, outre la peine ci-dessus, être suspendu de ses fonctions : la suspension, pour la première fois, ne pourra excéder le terme de trois mois. Le jugement sera exécutoire par provision, ainsi que dans le cas de l'article précédent.

Code de Procédure, art. 10 et suiv., 1036.—Code d'inst. crim., art. 267, 405, 504 et suiv.—Code pénal, art. 377. — Réglement do 30 mars 1808, art. 103 et suiv. (*J. Av.*, t. 10, p. 524.) — Commentaire de l'art. 88. — [Notre Dict. gén. de Proc., vi[e] *Audience*, n° 63; *Avocat*, n°[s] 81, 91, 98 et 99; *Huissier*, n° 203.—Devillenenve, v[e] *Audience*, n° 4 —Armand Dalloz, *eod.* n° 31.—Carré, *Compétence*, 2e part., liv. 1er, tit. 3, chap. 5, art. 201, n° CXVI; éd. in-8°, t. 3, p. 152. — Locre, t. 21, p. 414, n° 57. — QUESTION TRAITÉE : Les dispositions de l'art. 90 s'étendent-elles jusqu'aux avocats? *Q.* 429.]

429. *Les dispositions de l'art.* 90 *s'étendent-elles jusqu'aux avocats?*

C'est notre opinion, fondée sur ce que la disposition de l'art. 90 comprend évidemment sous ces expressions générales, *individu remplissant une fonction près le tribunal*, les avocats, qui, bien que leurs fonctions diffèrent de celles des officiers ministériels, n'en exercent pas moins une près le tribunal. (V. *Prat.*, t 1, p. 346, et le décret du 14 décembre 1810, *sur la discipline des avocats*, art. 38 et 39.)

[[Cette opinion nous paraît exacte; c'est aussi celle de M. FAVARD DE LANGLADE, t. 1, p. 250, n° 3. La juridiction du conseil de discipline, à laquelle les avocats sont soumis, n'est pas exclusive de celle des tribunaux en cas d'inconvenance dans leurs plaidoiries, ou de trouble commis à l'audience; ainsi

(1) Par exemple, un greffier, un avoué, un huissier.

l'a jugé la Cour de cassation, le 27 avril 1820 (*J. Av.*, t. 5, p. 197); mais, pour avoir le caractère d'un acte de police d'audience, il faut que la décision soit rendue instantanément; les peines qui seraient prononcées plus tard par le tribunal ne pourraient l'être qu'autant qu'il remplirait les fonctions de conseil de discipline; hors de là, son jugement serait nul: Grenoble, 7 juillet 1827 (*J. Av.*, t. 34, p. 163).]] **Supp. alph.**, v° *Audience*, n. 14.

ART. 91. Ceux qui outrageraient ou menaceraient les juges et les officiers de justice dans l'exercice de leurs fonctions seront, de l'ordonnance du président, du juge-commissaire ou du procureur du Roi, chacun dans le lieu dont la police lui appartient, saisis et déposés à l'instant dans la maison d'arrêt, interrogés dans les vingt-quatre heures, et condamnés par le tribunal, sur le vu du procès-verbal qui constatera le délit, à une détention qui ne pourra excéder le mois, et à une amende qui ne pourra être moindre de vingt-cinq francs, ni excéder trois cents francs.

Si le délinquant ne peut être saisi à l'instant, le tribunal prononcera contre lui, dans les vingt-quatre heures, les peines ci-dessus, sauf l'opposition que le condamné pourra former dans les dix jours du jugement, en se mettant en état de détention.

Code de proc., art. 11.—Code d'inst. crim., art. 505, 508 —Code pénal, art. 222 et suiv.—[Notre Dict. gén. de Proc., vis *Audience*, n° 71; *Plaidoiries*, nos 38 et 39; *Tribunaux*, nos 115 et 248.—Arm. Dallaz, v° *Audience*, nos 32 à 44.—Carré, *Compétence*, 2e part., liv. Ier, tit. 3, chap. 5, art. 201, nos CXVI, éd. in-8°, t. 3, p. 152; et liv. II, tit. 3, art. 277, *Q.* 273, t. 4, p. 145.— Locré, t. 21, p. 414, n° 57. — QUESTIONS TRAITÉES: L'art. 91 est-il applicable aux outrages et menaces faits à un avocat pendant l'audience? *Q.* 430.—Si un officier ministériel est injurié dans l'exercice de ses fonctions, mais hors de l'audience, l'art. 91 pourrait-il recevoir son application? *Q.* 431.— Des injures proférées à l'audience contre un avocat peuvent-elles faire la matière d'une action principale devant un tribunal de simple police ou de police correctionnelle, lorsque l'avocat injurié a négligé de se plaindre audience tenante? *Q.* 432.—A quelle époque un autre individu injurié dans les plaidoiries peut-il demander qu'il lui soit décerné acte des injures proférées? *Q.* 433. — Est-il certain qu'en tous les cas les jugements rendus en vertu des dispositions des art. 90 et 92 soient sujets à l'appel? *Q.* 434.—L'art. 91 du Code de procédure a-t-il été modifié par le Code pénal? *Q.* 435.]

430. *L'art. 91 est-il applicable aux outrages ou menaces faits à un avocat pendant l'audience?*

Quoique cet article ne parle que des juges *et des officiers de justice*, il n'en est pas moins applicable aux avocats, puisqu'ils exercent des fonctions qui tiennent essentiellement à l'administration de la justice. La loi ne nous semble point avoir entendu employer cette dénomination, *officiers de justice*, dans le sens attaché à celle *d'officiers ministériels* (1).

[[Nous approuvons cette opinion, qui a été consacrée par la Cour de Rouen, le 25 mars 1807 (*J. Av.*, t. 5, p. 124, 7e espèce).]]

---

(1) Au reste, quand on entendrait autrement les expressions dont elle se sert, il suffit, pour se convaincre que l'art. 91 est applicable à l'espèce de la question ci-dessus posée, de considérer, premièrement, que l'art. 37 du décret du 14 décembre 1810, défend aux avocats de se livrer à des injures et à des personnalités offensantes envers les parties ou *leurs défenseurs*; deuxièmement, qu'il a été décidé, par arrêt de la Cour de cassation du 16 avril 1806 (section criminelle), que des injures proférées à l'audience contre un avocat, pendant sa plaidoirie, et dans ses fonctions, sont, pour le tribunal devant lequel elles sont prononcées, *une offense* dont la répression appartient à la police de l'audience. (V. *S.*, 1807, 1re part., n. 71, et *J. Av.*, t. 5, p. 123, 6e espèce.)

431. *Si un officier ministériel est injurié dans l'exercice de ses fonctions, mais hors de l'audience, l'art.* 91 *pourrait-il recevoir son application?*

Non [[évidemment]] : l'officier ministériel devrait, en cette circonstance, se conformer à l'art. 555, qui autorise l'officier insulté dans ses fonctions à dresser procès-verbal, sur lequel on poursuit selon les règles etablies par les lois criminelles.

432. *Des injures proférées à l'audience contre un avocat peuvent-elles faire la matière d'une action principale devant un tribunal de simple police ou de police correctionnelle, lorsque l'avocat injurié a négligé de se plaindre audience tenante?*

La négative de cette question résulte de l'arrêt de la Cour de cassation cité sur la *Quest.* 430, not. 2. On lit, dans ses considérants : Que la plainte de l'avocat injurié doit être formée *à l'instant* devant le tribunal qui a été témoin des injures, et qui est à même d'en apprécier la gravité, d'après les circonstances de leur cause et de leur caractère; *sinon, la partie est présumée n'en avoir pas été offensée, n'y avoir pas vu la base d'une action, ou du moins en avoir fait la remise :* d'où suit qu'elle n'est pas recevable à reproduire cette action devant un tribunal de police, qui, s'il admettait sa plainte, ferait revivre un *délit éteint*, et par là, commettrait un excès de pouvoir. (V. *Prat. franç.*, t. 1, p. 346, *et les Questions examinées sur l'art.* 1036.)

[[Le même principe a été consacré par la même Cour, les 18 floréal an VIII, 5 messidor an X, 18 prairial an XII, 18 messidor an XII, et 3 brumaire an X (*J. Av.*, t 5, p. 118), et par la Cour de Rouen, le 25 mars 1807 (*J. Av.*, t. 5, p. 125, 6e espèce); il est reconnu aussi par M. MERLIN, *Répert.*, t. 1, p. 463.

Mais si l'injure a été adressée à l'avocat dans la rue ou au sortir de l'audience, c'est alors aux tribunaux de simple police, ou de police correctionnelle, qu'il appartient de la réprimer; et c'est ce qu'a jugé la Cour d'Angers, par son arrêt du 15 novembre 1828 (*J. Av.*, t. 37, p. 432), qui a condamné aux peines portées par la loi du 17 mai 1819 une partie qui, au sortir de l'audience, avait traité l'avocat de son adversaire de *drôle*, d'*insolent*, de *polisson*, malgré l'excuse qu'elle prétendait tirer de ce que, dans sa plaidoirie, l'avocat l'avait personnellement offensée.

Cependant, la Cour de cassation elle-même a jugé, le 19 mars 1812 (*J. Av.*, t. 18, p. 821), que, si le tribunal civil avait le droit de prendre des mesures de répression contre ceux qui se permettent d'outrager les magistrats à l'audience, il peut aussi s'en dessaisir, et renvoyer la poursuite, par la voie ordinaire, au tribunal correctionnel.

D'un autre côté, M. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 246 et 247, tout en reconnaissant le droit des tiers d'intervenir dans l'instance pour obtenir la réparation des outrages dont ils sont l'objet (*V.* la *Quest.* suiv.), blâme les arrêts précités de la Cour de cassation, desquels il résulte que cette voie d'intervention est la seule ouverte aux personnes outragées, et qu'elles ne pourraient exercer directement des poursuites devant les tribunaux de répression.

La raison qui consiste à dire que le tribunal saisi de la cause principale, étant témoin des faits, en sera plus exact appréciateur, serait, si l'on veut, une raison de préférence pour celui qui aurait le choix; mais on ne voit pas pourquoi on en ferait résulter une exclusion.

M. Pigeau fait observer que l'injure se prescrit par un, trois ou dix ans, selon qu'elle est contravention, délit ou crime, et que rien n'oblige l'offensé à se plaindre avant l'expiration de ce terme. Son silence à la barre même du tribunal peut s'expliquer par d'autres motifs qu'une renonciation.

Nous croyons donc, avec M. Pigeau, que l'action criminelle, et même l'action civile séparée, lui demeurent lorsqu'il a négligé d'intervenir. L'art. 23 de la loi du 18 mai 1819 est une confirmation de cette décision.

Au reste, si les injures imputées par une partie à son adversaire avaient été proférées en dehors de l'audience, le tribunal saisi de la cause serait évidemment incompétent pour les punir; Cass., 11 mai 1813 (*J. Av.*, t. 19, p. 175). Sa compétence, en pareille matière, ne peut, en effet, dériver que du pouvoir de police qui lui appartient sur sa propre audience.

On sent que lorsque les injures sont prononcées à l'audience, et punies, d'après la décision qui vient d'être donnée, par le tribunal même qui en est le témoin, l'appel de son jugement doit être porté devant la Chambre civile de la Cour et non pas devant la Chambre de police correctionnelle, puisque ce n'est pas d'un jugement de cette nature qu'il s'agit. En effet, ce n'est pas en raison de ce qui a été prononcé, mais bien en raison de l'autorité qui prononce que doit être déterminée la compétence des juges supérieurs, a dit la Cour de Douai, le 13 mars 1830 (*J. Av.*, t. 42, p. 164), dans un arrêt où elle applique cette règle à tous les jugements prononcés en vertu des art. 90 et 91, comme l'avait déjà fait la Cour de cassation, le 23 octobre 1806 (*S.*, t. 6, 1re partie, p. 687, et *J. P.*, 3e édit., t. 5, p. 518). Les rédacteurs de ce dernier recueil expriment une opinion contraire, que nous n'adoptons pas.]]

433. *A quelle époque un autre individu injurié dans les plaidoiries peut-il demander qu'il lui soit décerné acte des injures proférées?*

Il doit former cette demande avant que l'instruction à l'audience ne soit terminée, et le ministère public entendu.

« En effet, lorsque les plaidoiries et répliques ont eu lieu, et que le ministère public a conclu, une partie ne peut prendre de nouvelles conclusions; « à plus forte raison, si la personne était étrangère à l'instance, ne pourrait-« elle demander qu'il lui fût donné acte d'injures proférées contre elle. »

Tels sont les motifs d'après lesquels la Cour de Rennes, par arrêt de la 1re Chambre du 31 août 1808, a décidé qu'un témoin ne pouvait, à l'audience fixée pour la prononciation de l'arrêt à rendre sur l'instance dans laquelle il avait déposé, demander acte d'injures proférées contre lui lors des plaidoiries prononcées aux audiences précédentes. On voit que cet arrêt de la Cour de Rennes se trouve en harmonie avec l'arrêt ci-dessus cité (1).

[[Nous approuvons sa doctrine; mais nous en concluons seulement que le témoin serait déchu de l'une des deux voies de répression; celle qu'il aurait pu demander au tribunal témoin des faits. Quant à l'autre, devant le tribunal de répression, elle lui demeure pour être exercée dans la forme accoutumée. (*V.* nos observations sur la *Quest.* 432 et notre *Quest.* 1270 *quater.*)]]

434. *Est-il certain qu'en tous les cas, les jugements rendus en vertu des dispositions des art. 90 et 92 soient sujets à l'appel?*

M. LOCRÉ, t. 21, p. 414, n° 57, nous apprend que la section du Tribunat

---

(1) Cette proposition se trouve encore confirmée par un arrêt de cassation du 24 brumaire an XIV (*S.*, t. 7, 2e part., p. 114), lequel décide que la punition des injures verbales appartient aux tribunaux de police et non aux juges civils, si elles ont été proférées non contre ces juges eux-mêmes, mais contre de simples particuliers non parties au procès : d'où suit que les juges civils ne peuvent qu'enjoindre aux délinquants de se retirer, et, en cas de refus, les faire saisir et déposer dans une maison d'arrêt.

[V. *suprà* nos observations sur la *Question* 432.]

dit, sur la disposition finale de l'art. 90, portant *que les jugements seraient exécutoires par provision*, qu'il était dans la pensée des auteurs du projet que, dans le cas de ces articles, les jugements ne fussent pas susceptibles de l'appel : néanmoins elle proposa de le dire expressément.

Quoi qu'il en soit, on a cru devoir se réduire à accorder l'exécution provisoire ; ce qui suppose un appel, comme nous l'avons dit au commentaire sur l'art. 12, au livre des justices de paix.

Nous remarquerons que le vœu émis par la section du tribunat se concilie parfaitement aujourd'hui avec le texte de l'art. 90.

En effet, l'art. 505 du Code d'instruction dispose : « Lorsque la peine prononcée par tribunal civil n'est que de simple police, le jugement est sans appel ; que si, au contraire, cette peine est de police correctionnelle, il y aura lieu à l'appel » ce ne sera donc qu'en cette dernière circonstance qu'il y aura lieu à l'exécution provisoire, conformément à l'art. 90 du Code de procédure civile.

[[Cette combinaison des articles cités est juste et le résultat en est vrai.]]

435. *L'art.* 91 *du Code de procédure a-t-il été modifié par le Code pénal?*

Il a été modifié et développé dans sa disposition pénale, par les art. 222 à 233 inclus de ce Code, au point qu'il ne subsiste plus de cet article que les dispositions concernant l'arrestation, le dépôt et l'interrogatoire du délinquant. (*Voy.* pour les questions résultant de ces articles du Code pénal, le *Traité de législation criminelle en France*, par M. LEGRAVEREND, t. 1, p. 506 et suiv.)

[[*Voy.* notre opinion et celle de M. FAUSTIN HÉLIE, dans la *Théorie du Code pénal*, t. 4, p. 364.]]

ART. 92. Si les délits commis méritaient une peine afflictive ou infamante, le prévenu sera envoyé en état de mandat de dépôt devant le tribunal compétent, pour être poursuivi et puni suivant les règles établies par le Code criminel.

Code d'inst. crim., art. 506, 507. —Code pénal, art. 222 à 233, n° 5. — *Q.* sur l'art. 474. — Comm. de l'art. 88.—[Notre Dict. de Proc., v° *Audience*, n° 64.—Carré, *Comp.*, 2e part., liv. II, tit. 3, art. 277, éd. in-8°, t. 4, p. 140, et *Q.* 278, t. 4, p. 153 et 154. — Locré, t. 21, p. 414, n° 57. — QUESTION TRAITÉE : L'art. 92 n'a-t-il pas été modifié par les art. 506, 507 et 508 du Code d'instruction criminelle? *Q.* 436.]

436. *L'art.* 92 *n'a-t-il pas été modifié par les art.* 506, 507 *et* 508 *du Code d'instruction criminelle?*

Il a été remplacé par l'art. 506, relativement au crime commis à l'audience d'un juge seul, ou d'un tribunal sujet à l'appel, qui doit, en ce cas, après avoir fait arrêter le délinquant et dressé procès-verbal des faits, envoyer les pièces et le prévenu devant le tribunal compétent.

Il est devenu sans objet pour les Cours royales, par les art. 507 et 508, qui leur donnent le droit d'instruire et de procéder au jugement de suite, et sans désemparer.

[[Les imputations calomnieuses, les injures qui ont lieu devant une Cour royale peuvent être jugées par elle, sans qu'il soit nécessaire de les soumettre à un premier degré de juridiction ; Cass., 23 novembre 1809 (*J. Av.*, t. 19, p. 132).]] Supp., p. 115.

TITRE VI.

Des délibérés et instructions par écrit.

Lorsque la cause a été plaidée, c'est-à-dire lorsque les conclusions des parties ont été prises, leurs moyens discutés et le ministère public entendu, si l'affaire est communicable, le tribunal doit prononcer jugement, soit *audiences tenante*, soit du moins à l'une des plus prochaines. (Art. 116.)

Mais ceci suppose qu'il s'estime suffisamment instruit par les plaidoiries. Dans le cas contraire, il ordonne un *délibéré* ou une *instruction par écrit*.

Le délibéré est l'examen de l'affaire, fait par les juges en la chambre du conseil, sur le vu des titres et pièces des parties, après le rapport de l'un d'eux.

De là le nom de *vu de bureau*, sous lequel on désigne quelquefois le délibéré.

Le jugement qui l'ordonne est purement *préparatoire* (Voy. *Quest.* 439); il n'est ni levé ni signifié : son exécution consiste dans la simple remise des pièces entre les mains, soit du greffier, soit du rapporteur lui-même, sans aucun inventaire, acte de dépôt et récépissé. (Art. 93, 94.)

Il peut arriver qu'une affaire soit tellement compliquée par la variété des faits, le nombre des pièces, la difficulté des points de droit à resoudre, que des développements écrits peuvent seuls les éclaircir. Le simple délibéré ne suffirait pas alors pour que le juge prononçât avec une entière connaissance de cause; c'est le cas d'ordonner *l'instruction par écrit*.

Cette instruction diffère du délibéré en ce que l'examen de l'affaire, par les juges, ne se fait pas seulement sur le vu des pièces, mais de plus sur des écrits respectivement fournis par les parties.

Elle remplace les deux modes d'instruction par écrit, que l'ordonnance de 1667 distinguait sous la dénomination d'appointement à mettre et d'appointement en droit.

L'appointement à mettre n'était, sous plusieurs rapports, que le délibéré autorisé par l'art. 93 de notre Code actuel, à la différence essentielle que les pièces étaient remises au rapporteur avec *inventaire de production* et *dans des délais déterminés*.

L'appointement en droit différait de l'autre en ce que la production des pièces était accompagnée d'écrits, où les questions que la cause présentait à résoudre, en fait et en droit, étaient discutées par un avocat.

C'est ce dernier mode que le Code reproduit dans l'instruction par écrit; mais en prenant des précautions pour qu'il ne soit employé que lorsqu'il est vraiment utile (art. 95); qu'il ne soit fourni que les écrits indispensables prescrits par la loi, et que l'instruction soit terminée dans les délais précis qu'elle détermine.

Au reste, on dit encore qu'une affaire est *appointée*, pour exprimer qu'elle s'instruit par écrit, et pour la distinguer des affaires qui s'instruisent par les plaidoiries seulement, ou sur vu de *bureau*, et que, par opposition, on appelle *causes verbales*.

L'instruction par écrit se compose, 1° d'une requête à la suite de laquelle la partie dresse un état des pièces qu'elle produit au soutien (art. 96); 2° de la réponse du défendeur, terminée par un état semblable (art. 97).

La loi ne passe en taxe que ces deux écrits, à moins que l'une des parties n'use de la faculté de produire de nouvelles pièces par un simple acte, cas auquel la loi autorise l'adversaire à contredire, mais très sommairement, cette production.

On distingue, dans la procédure sur instruction par écrit, des regles qui lui sont particulières, et d'autres qui sont également applicables aux délibérés. Les règles communes au délibéré et à l'instruction sont celles qui prescrivent que le rapport sera fait à l'audience; qui interdisent la parole aux avocats; qui, enfin, dans le cas où l'une des parties néglige de remettre ses pièces, autorisent le tribunal à prononcer sur celles de l'autre (art. 94, 98, 99); que le jugement ainsi rendu par *forclusion* (1), est réputé contradictoire et que, par conséquent, il n'est pas sujet à l'opposition (art. 113).

Les règles particulières à l'instruction par écrit fixent les délais dans lesquels on doit signifier les écrits, faire les productions, en notifier les actes, prendre communication des pièces et les rétablir (art. 97, 98, 115).

Elles autorisent à procéder au jugement à l'expiration de ces délais (art. 98, 99 et 100); et, faute au demandeur de produire, elles permettent au défendeur de mettre sa production au greffe, pour l'instruction être continuée. Le demandeur prend ainsi la place du défendeur, pour jouir des mêmes délais donnés à celui-ci, afin d'écrire et de produire (art. 101).

Elles prescrivent le mode suivant lequel les communications seront prises (art. 106), et indiquent des moyens prompts et faciles pour contraindre les avoués à la remise de ces communications (art. 107).

Elles règlent la forme du registre des productions qui doit être tenu au greffe (108); comment les pièces seront remises au rapporteur, et comment il lui en sera donné décharge après le jugement (art. 109 et 114); comment le greffier en sera déchargé lui-même (art. 115)

Elles indiquent enfin comment le rapporteur sera remplacé, en cas de décès, de démission, etc. (art. 110), et disposent que, si la cause est communicable, le ministère public sera entendu à *l'audience* (art. 112).

ART. 93. Le tribunal pourra ordonner que les pièces seront mises sur le bureau, pour en être délibéré au rapport d'un juge nommé par le jugement, avec indication du jour auquel le rapport sera fait.

Tarif, 84.—[Notre Comm. du Tarif, t. 1, p. 174 et 175, n°s 1 à 3.] — Loi du 3 brumaire an XI, art. 10.—*Infrà*, art. 111, 116, 405. — [Notre Dict. gén. de Proc., v° *Délibéré*, n°s 1, 3 à 6, 31, 33, 42; *Jugement préparatoire*, n° 33.—Devilleneuve, v° *Délibéré*, n°s 3 à 5.—Arm. Dalloz, v° *Instruction par écrit*, n°s 1 à 44. — Locré, t. 21, p. 415, n° 59, et p. 530, n° 23. — QUESTIONS TRAITÉES : Un tribunal peut-il ordonner un délibéré sans nommer un rapporteur? *Q.* 437.—Le tribunal ne peut-il du moins ordonner la remise des pièces sur le bureau sans nommer un rapporteur? *Q.* 437 *bis*. — Le jugement qui ordonne un délibéré doit-il, à peine de nullité, indiquer le jour où le rapport sera fait? *Q.* 437 *ter*. — Quels sont les cas dans lesquels le Code exige un rapport quoiqu'il n'y ait pas délibéré? *Q.* 438.—Un jugement qui ordonne un délibéré est-il préparatoire? *Q.* 439.—Le jugement qui ordonne un délibéré ou une instruction par écrit, doit-il être motivé? *Q.* 439 *bis*.]

LXXV. Par les art. 93 et 94, la loi trace les règles des délibérés; mais, en rapprochant leurs dispositions de celles des art. 95 et 116, on voit que la décision préparatoire qui les ordonne ne peut être rendue qu'à l'audience, et à la pluralité des voix, après avoir entendu les plaidoiries des défenseurs.

Cette précaution, dit le rapporteur au Corps législatif, a été prise pour qu'il fût constant que le tribunal s'est déterminé en connaissance de cause, et d'après la nécessité reconnue par le plus grand nombre de ses membres. Il suffit de lire les dispositions des articles ci-dessus indiqués, pour demeu-

(1) Ce mot *forclusion*, dérivé du mot latin *forum claudere*, fermer le barreau, exprime en général une déchéance de certains avantages, de certaines facultés, dont une partie perd le droit d'user par suite d'un fait prévu par la loi. Nous l'employons ici pour indiquer *l'exclusion d'écrire ou produire*, après l'expiration des délais.

rer convaincu que le mode qu'elles ont prescrit est extrêmement simple, et d'une évidente utilité.

437. *Un tribunal peut-il ordonner un délibéré sans nommer un rapporteur?*

Cette faculté lui est accordée par l'art. 116. Ainsi, dit M. MERLIN, *Nouveau Répertoire*, au mot *Délibéré*, p. 413, aujourd'hui comme sous l'empire de l'ordonnance de 1667, il y a des délibérés sans nomination et des délibérés avec nomination de rapporteur. Les premiers consistent simplement à ordonner que les juges se retireront dans la chambre du conseil, pour y discuter l'affaire et recueillir les avis; les seconds sont ceux qui sont ordonnés en exécution de l'art. 93. (1).

[[Cette observation est reproduite, avec raison, par MM. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 250; DALLOZ, t. 9, p. 322, n° 3, THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 208; BONCENNE, t. 2, p. 308, et BOITARD, t. 1, p. 384.]]

[[**437** bis. *Le tribunal ne peut-il du moins ordonner la remise des pièces sur le bureau sans nommer un rapporteur?*

Un arrêt de la Cour de Rennes du 17 mai 1811 (*J. Av.*, t. 9, p. 18), semble décider qu'il ne le peut pas. D'après ce système, la faculté de se faire remettre les pièces n'existerait que pour le cas de délibéré avec rapport, et les juges qui n'ordonneraient qu'un simple délibéré ne pourraient pas recourir à ce moyen si naturel d'éclaircissement. Nous ne croyons pas que le législateur l'ait jamais entendu de la sorte, il peut arriver que l'inspection des pièces soit utile à la décision des magistrats, sans que néanmoins la complication de l'affaire soit de nature à exiger le travail particulier d'un rapporteur : pourquoi priverait-on le tribunal du droit de séparer ces moyens l'un de l'autre, lorsque le premier lui paraît suffire? Faudrait-il qu'il renonce à celui-ci, sous peine d'être soumis à celui-là?

Cette solution, consacrée par la Cour de cassation, le 31 août 1831 (*J. Av.*, t. 41, p. 649), est confirmée par tous les auteurs, qui ne l'ont pas même supposée contestable.]]

[[**437** ter. *Le jugement qui ordonne un délibéré doit-il, à peine de nullité, indiquer le jour où le rapport sera fait?*

Les parties ou leurs défenseurs ayant le droit d'assister au rapport (art. 111), et de signaler au président, dans des notes énonciatives, les omissions ou inexactitudes qu'ils prétendraient y avoir remarquées, il s'ensuit nécessai-

---

(1) Il est à remarquer qu'il n'est pas nécessaire que les délibérés sans rapport soient vidés le même jour où ils ont été ordonnés [comme l'a jugé la Cour de cassation, le 23 ventôse an X : sous la nouvelle législation, cette question n'en est plus une, suivant l'article 116 du Cod. de proc. civ.]; en sorte que, dans le cas même où le tribunal aurait ordonné un délibéré pour prononcer le jugement sur-le-champ, il pourrait remettre cette prononciation à un autre jour; mais il semble qu'il doit alors, pour se conformer à l'art. 116, revenir à l'audience, après avoir délibéré à la chambre du conseil, et déclarer qu'il continue la cause à l'audience de tel jour, fixé pour prononcer le jugement. Nous ne disons pas qu'à défaut de cette précaution le jugement doive être nul : l'art. 116 ne prononce pas, en ce cas, la peine de nullité. Cependant, son vœu est que les parties et leurs défenseurs soient instruits du jour où le jugement sera prononcé, comme l'article 93 veut qu'ils soient instruits du jour du rapport. (PIGEAU, t. 1, p. 361, et l'art. 116.] [*V.* la *Quest.* 486 sous l'art. 116.]

rement qu'ils doivent être prévenus du jour où ce rapport a lieu, et nous pensons, avec MM. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 253 et 262; DALLOZ, t. 9, p. 523, nos 1 et 8; THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 208, et BONCENNE, t. 2, p. 310, que, cette garantie étant essentielle, son absence entraînerait la nullité du jugement.

Mais il ne nous paraît pas indispensable que cette indication soit faite précisément par le jugement qui ordonne le délibéré; elle peut l'être par un jugement postérieur, ou par un simple avis émané du président, et, dans tous les cas, on n'est pas admis à proposer son omission comme moyen de nullité, lorsqu'en fait on a assisté au rapport.

C'est la modification qu'adoptent les auteurs déjà cités, et la Cour de cassation, dans ses arrêts du 1er fév. 1820 (*J. Av.*, t. 9, p. 23); 10 mai 1826 (*J. Av.*, t. 31, p. 137); 26 mars 1834 (*J. Av.*, t. 46, p. 301), et 17 juill. 1838 (*J. Av.*, t. 55, p. 702).

La décision de la Cour de Rennes, en date du 31 juill. 1809 (*J. Av.*, t. 9, p. 15), qui repousse la nullité dans tous les cas, comme n'étant pas prononcée par la loi, est évidemment trop absolue.

Quant au point de savoir si le jugement qui ordonne un délibéré sans rapport doit indiquer le jour où le jugement définitif sera rendu, *V.* la note de M. CARRÉ sous la *Quest.* 437, et sa *Quest.* 486 sous l'art. 446.]] **Supp.**, p. 446.

438. *Quels sont les cas dans lesquels le Code exige un rapport, quoiqu'il n'y ait pas délibéré?*

Ce sont ceux qui ont été prévus par les art. 199, 202, 222, 280, 371, 385, 394, 539, 542, 562, 568, 668, 762, 779, 856, 859, 863, 885, 891, 981, 987; mais il est à remarquer qu'on ne peut nommer de rapporteur dans les matières sommaires. (Voy., *infrà*, art. 95 et 405).

[[M. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 251, enseigne aussi que les matières sommaires ne peuvent être mises en délibéré. (V., *infrà*, la note et la quest. 448.)]]
Supp. alph., v° *Délibéré*, n. 19 et suiv.

439. *Le jugement qui ordonne un délibéré est-il préparatoire?*

Oui, de même que le jugement qui ordonnerait une instruction par écrit; car un tel jugement ne préjuge rien, ni pour les incidents, ni pour le fond; ce n'est qu'un règlement de simple instruction. (*V.* DEMIAU-CROUZILHAC, p. 89; *Quest.* de LEPAGE, p. 127, et les art. 451 et 452; *V.* aussi nos questions sur l'art. 111.)

[[C'est aussi l'avis, et il n'est pas susceptible de doute, de MM. PIGEAU, *Comm.*, t 1, p. 251, DALLOZ, t. 9, p. 523, n° 5, et THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 208. M. DEMIAU-CROUZILHAC pense néanmoins, et avec raison, qu'on peut appeler d'un tel jugement, lorsqu'il a joint au fond des incidents qui, par leur nature, ne devaient pas être réservés, comme les déclinatoires, etc.]]

[[**439** bis. *Le jugement qui ordonne un délibéré ou une instruction par écrit, doit-il être motivé?*

De ce que ce jugement est préparatoire, M. THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 209, en conclut qu'il n'est pas absolument nécessaire de le motiver. Les motifs nous paraissent, au contraire, indispensables à toute espèce de jugement, et par conséquent à celle-ci. Seulement, le seul but qu'on s'y propose étant d'ordonner une mesure d'instruction, les motifs peuvent n'être puisés que dans la nécessité ou du moins l'utilité de la prendre, comme nous le disons sous la *Quest.* 595. C'est l'avis de MM. DEMIAU-CROUZILHAC, p. 89, et DALLOZ, t. 9, p. 525, n° 16.]]

ART. 94. Les parties et leurs défenseurs seront tenus d'exécuter le jugement qui ordonnera le délibéré, sans qu'il soit besoin de le lever ni signifier (1), et sans sommation. Si l'une des parties ne remet point ses pièces, la cause sera jugée sur les pièces de l'autre.

Tarif, 90. — [Notre Comm. du Tarif, t. 1, p. 175 et 176, nos 4 à 25.] — Comm. sur l'art. précédent. — Nos questions sur l'art. 95.—[Notre Dict. gén. de Pr., vis *Conclusions*, n° 10 ; *Délibéré*, nos 27, 34 35.—Armand Dalloz, v° *Instruction par écrit*, nos 1 à 44. — QUESTIONS TRAITÉES : La défense de lever et signifier le jugement, et de faire sommation, n'est-elle faite que pour le cas où tous les avonés de la cause ont pris part à ce jugement? *Q.* 440. — Un jugement qui ordonne un délibéré, soit sans rapport, soit sur rapport, termine-t-il l'instruction? *Q.* 441. — La constitution d'avoué faite par la partie défaillante, après le jugement qui ordonne le délibéré, a-t-elle l'effet de faire rétracter ce jugement, sans qu'il soit besoin de se pourvoir par opposition? *Q.* 442.—Les parties peuvent-elles, après le jugement qui ordonne le délibéré, former des demandes incidentes? *Q.* 443.—Un tiers peut-il intervenir dans le cours d'un délibéré? *Q.* 444.—Si, immédiatement après le jugement qui ordonne un délibéré, une partie ne remet pas ses pièces, cette négligence opère-t-elle forclusion? *Q.* 445.]

440. *La défense de lever et signifier le jugement, et de faire sommation, n'est-elle faite que pour le cas où tous les avoués de la cause ont pris part à ce jugement?*

C'est l'opinion de M. DEMIAU-CROUZILHAC, p. 89. « Si, dit-il, le jugement qui « ordonne le délibéré a été rendu en défaut de quelque avoué, et que l'on dé- « sirât mettre celui-ci dans le cas de fournir sa défense, pour éviter une op- « position au jugement à intervenir, rien n'empêche qu'on ne lui dénonce le « jugement de délibéré, *sans cependant le lever*, en lui indiquant le nom du « rapporteur et le jour auquel le rapport sera fait, avec sommation de remet- « tre son dossier, si bon lui semble. »

Ce tempérament nous paraît fondé sur l'esprit dans lequel a été rédigé l'art. 94 (2).

[[Nous croyons aussi devoir l'adopter, avec M. DALLOZ, t. 9, p. 525, n° 11.]]

441. *Un jugement qui ordonne un délibéré, soit sans rapport, soit sur rapport, termine-t-il l'instruction?*

Un arrêt de la Cour de cassation du 7 thermidor an 11, rapporté au *Journal du Palais*, 3e éd., t. 3, p. 383, a jugé qu'après un jugement prononcé, les juges

---

(1) [Mais le jugement définitif qui sera rendu plus tard, après le rapport, devra contenir mention du préparatoire, sans que néanmoins l'omission de cette mention pût devenir un moyen de cassation en faveur de la partie qui aurait pris ses conclusions, et assisté au rapport sans réclamation ; Cass., 22 janvier 1838 (*J. Av.*, t. 55, p. 481).]

(2) Le jugement qui ordonne le délibéré, disait le tribun Faure, dans son rapport du 14 avril 1806, n'est suivi d'aucune forme ; on ne le lève point, on ne le signifie point, on ne fait aucune sommation, *parce que* ce *jugement ne peut être ignoré* ni des parties, ni de leurs défenseurs. Or, lorsque la partie ou son avoué laisse défaut, le motif de la loi cesse ; et comme il est possible que, sur la connaissance de ce jugement, la partie constitue un avoué pour la défendre ou remettre ses pièces au rapporteur, et que l'avoué déjà constitué fournisse cette défense ou fasse cette remise, il est juste d'autoriser au moins le dénoncé dont parle M. Demiau-Crouzilhac, mais sans signification du jugement ; car cette signification ne pouvant apprendre autre chose que ce que le dénoncé fait suffisamment connaître, les frais seraient frustratoires (art. 1031).

Il n'est pas besoin de dire que, dans le cas où, sur cette sommation, la partie ou son avoué n'agirait pas, elle n'a point l'effet de rendre contradictoire le jugement qui intervient après délibéré : en d'autres termes, cette sommation a pour objet de prévenir autant que possible l'opposition ; mais elle ne peut produire contre elle une fin de non-recevoir.

ne doivent pas se dessaisir du jugement d'une affaire, encore que, dans l'intervalle qui s'est écoulé entre le jugement qui prononce et celui qui vide le délibéré, la connaissance de l'affaire ait été attribuée à d'autres juges (1).

[[Trois opinions diverses se sont formées sur cette question : celle de M. Carré, qui établit, à la note *infrà*, une distinction entre le délibéré sur rapport, et le délibéré sans rapport, est partagée par M. THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 209 et 210. M. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 252, décide, sans distinction, que les nouvelles conclusions, les demandes incidentes, les interventions, etc., sont admissibles dans le cours d'un délibéré quelconque. L'opinion de M. Pigeau nous semble au moins plus logique; car cet auteur démontre que la raison donnée par les auteurs précités pour admettre les conclusions et défenses nouvelles pendant le délibéré sans rapport, sont également applicables au délibéré sur rapport. Ces raisons consistent à dire que le délibéré sur rapport ne termine pas l'instruction, puisque le jugement à intervenir peut, si les juges ne se sentent pas assez éclairés, ordonner une instruction supplémentaire, par voie d'enquête, expertise ou autrement. Or, assurément, il en est de même dans le cas d'un simple délibéré.

Mais cette circonstance, qui se rencontre dans l'un et dans l'autre déli-

---

(1) M. Montaiville, en rapportant à son tour cet arrêt au t. 3 de son *Dictionnaire de la Jurisp. de la Cour de cass.*, dit qu'il semble résulter de cette décision que le jugement qui ordonne un délibéré a terminé toute instruction; question d'autant plus importante, ajoute-t-il, que de bons esprits sont partagés sur la force et l'effet des jugements qui mettent les causes en délibéré.

Il s'agissait, dans l'espèce, d'une contestation entre des pêcheurs, relativement à des dommages-intérêts; la cause avait été portée au tribunal de commerce de Perpignan, qui, à son audience du 5 brumaire an X, mit la cause en délibéré.

Le 2 frimaire an X, des prud'hommes pêcheurs sont spécialement nommés pour connaître de toutes contestations sur la pêche.

Néanmoins, le tribunal de commerce, violant le délibéré, le 5 frimaire, prononce entre parties.

Pourvoi en cassation. On soutient que, les prud'hommes étant rétablis et mis en activité lors du jugement du 5 frimaire, ils dessaisissaient nécessairement, et par le fait, les tribunaux de commerce.

Mais la Cour de cassation rejette ce pourvoi pour incompétence, attendu que l'affaire était déjà en délibéré lors du rétablissement des prud'hommes pêcheurs, et qu'ils n'étaient pas même en activité lors du jugement qui avait vidé ce délibéré.

Nous remarquerons que le délibéré dont il s'agit était un délibéré *sans rapport*, un délibéré de la nature de celui qu'autorise aujourd'hui l'art. 116 du Code de procédure. Or, un tel délibéré termine absolument l'instruction, puisque tous les moyens ont été épuisés devant le juge, qui n'a plus qu'à prononcer sa décision; mais il n'en est pas ainsi du délibéré sur rapport; le rapport est lui-même un moyen d'instruction; la cause est continuée jusqu'à ce qu'il ait été fait; et il est si vrai que le jugement de délibéré ne la termine pas, qu'après le rapport qui se fait à l'audience, conformément à l'art. 111, le tribunal, comme le remarque M. PIGEAU, t. 1, p. 363, peut, s'il regarde le délibéré comme insuffisant pour pouvoir prononcer définitivement, *ordonner une voie d'instruction quelconque, et même une instruction par écrit, suivant qu'il le croit convenable.*

On ne peut donc tirer de l'arrêt de la Cour de cassation la conséquence que le délibéré dont il s'agit dans l'art. 93 du Code de procédure, c'est-à-dire le délibéré sur rapport, termine l'instruction, et telle nous paraît être l'opinion de M. Merlin, de M. Pigeau et de M. Demiau-Crouzilhac, à en juger par les solutions qu'ils ont données sur les questions qui vont être examinées.

Mais on cite encore un arrêt de cassation du 27 fructidor an VIII, qui a décidé qu'une affaire doit être jugée en l'état où elle se trouvait lorsqu'on a ordonné le délibéré; en sorte qu'on ne peut, depuis cet instant, prendre de nouvelles conclusions et produire de nouvelles pièces. Nous ne dissimulerons pas que telle était l'ancienne pratique (*Nouv. Répert.*, v° *Délibéré*). Quoi qu'il en soit par les motifs ci-dessus exprimés, nous persisterons à penser que l'instruction n'est terminée que par le délibéré sans rapport. (V. *infrà*, nos questions sur l'art. 116, et la note 2 de la *Quest.* 437.)

[*V.* nos observations au texte.]

béré ne fait pas, selon nous, que l'un et l'autre laissent l'instruction en suspens. Autre chose en effet est l'instruction qui dépend des parties, autre chose est celle qui dépend du juge. La première se trouve nécessairement arrêtée, lorsque le tribunal, en déclarant qu'il va délibérer, prononce qu'elle est suffisante; on doit alors attendre sa décision dans le silence. La seconde peut toujours reprendre son cours à la volonté du magistrat; alors, par le jugement qui l'ordonne, le délibéré se trouve vidé, et les plaideurs rentrent en lice; mais il n'appartient qu'aux juges du combat de la leur rouvrir. C'est ainsi que l'enseignent MM. DALLOZ, t. 9, p. 525, n° 10; BONCENNE, t. 2, p. 312 à 323, et BOITARD, t. 1, p. 390, et que l'a jugé la Cour de Caen, le 24 mars 1825 (*J. Av.*, t. 29, p. 277). La Cour de Rennes, le 26 mai 1820 (*J. Av.*, t. 15, p. 162), et la Cour de cassation, le 7 novembre 1827 (*J. Av.*, t. 34, p. 215), ont admis des conclusions ou des productions, entre le délibéré et le jugement, pourvu qu'elles ne renferment point de demandes nouvelles, et qu'elles ne soient que le développement des précédentes. Ces arrêts se sont fondés sur les principes posés par l'art. 464, en matière de demandes nouvelles. Nous ne les croyons pas applicables à la question qui nous occupe. Sur l'appel, le procès recommence; voilà pourquoi tous les moyens nouveaux sont admis lorsqu'ils ne sont destinés qu'à soutenir les mêmes prétentions. Mais, après une déclaration de délibéré, ce ne sont pas seulement les demandes nouvelles, c'est même tout nouveau moyen de défense qu'on doit interdire, parce que le procès, une fois terminé, ne doit pas recommencer.

Une sommation d'avoir à déclarer si, ou non, on persiste à se servir de telle ou telle pièce, ne devrait exercer aucune influence : ici nous partageons l'opinion émise par M. Carré, dans sa *Quest.* 871.

On dirait en vain qu'il est bon de fournir aux juges les éléments propres à les éclairer, à quelque époque qu'on les découvre : ne faut-il pas cependant qu'il y ait un terme? Et sans cela ne dépendrait-il pas d'un plaideur de mauvaise foi d'obliger les magistrats à différer de jour en jour leur décision, sous prétexte de nouveaux documents à fournir? Evidemment ce terme ne peut être mieux placé qu'au moment où les juges mettent la cause en délibéré, soit qu'ils ordonnent un rapport, soit qu'ils se confient aux lumières de chacun d'eux. *V.* d'ailleurs *suprà* la *Quest.* 414.]] **Supp. alph.**, v° *Délibéré*, n. 11 et suiv.

442. *La constitution d'avoué, faite par la partie défaillante après le jugement qui ordonne le délibéré, a-t-elle l'effet de faire rétracter ce jugement, sans qu'il soit besoin de se pourvoir par opposition ?*

Nous pensons, avec M. DEMIAU-CROUZILHAC, p. 89, qu'il n'est pas nécessaire de former opposition à ce jugement, qui n'a rien statué au fond, et qui n'est, comme nous l'avons déjà dit, qu'un règlement d'instruction.

Ainsi, la constitution d'avoué aura l'effet de faire rétracter le jugement sur délibéré; c'est à la partie la plus diligente, qui vraisemblablement sera le défaillant, comme le plus intéressé, à remettre *placet*, pour faire ordonner que la procédure prendra son cours, suivant que la cause sera, par sa nature, ordinaire ou sommaire (1).

---

(1) On sent que cette solution, dont on peut voir le développement dans le *Traité* de M. Demiau, ne serait pas rigoureusement fondée en droit, si le jugement de délibéré terminait l'instruction; et cependant elle est conforme à la raison et à la justice : elle est conforme à la raison, car il y aurait contradiction à ce que le juge prononçât sur le délibéré contre une partie qui serait réputée défaillante, et qui cependant aurait cessé de l'être; elle est conforme à la justice, car elle tend à éviter un nouveau procès sur l'on-

[[Nous adoptons l'opinion de M. Carré, par les motifs indiqués à sa note. Le délibéré termine, il est vrai, l'instruction, ainsi que nous l'avons pensé sous la question précédente; mais, lorsque le défaillant comparaît, la procédure doit évidemment reprendre son cours ordinaire, et le défendeur doit être alors admis à faire valoir ses moyens dans des conclusions et dans des plaidoiries.]]

443. *Les parties peuvent-elles, après le jugement qui ordonne le délibéré, former des demandes incidentes?*

Oui; mais une demande de cette nature doit être portée à l'audience (*Arg. de l'art.* 358), et il intervient jugement, qui prononce au préalable sur l'incident, si le juge n'estime pas nécessaire de le joindre au principal, ou qui, dans le cas contraire, ordonne un délibéré *qu'il joint* au premier. (V. *Nouv. Répert.* de M. MERLIN, au mot *délibéré*, p. 413, et PIGEAU, t. 1, p. 392) (1).

[[Notre solution de la *Quest.* 441 indique que nous n'approuvons pas celle-ci.]]

444. *Un tiers peut-il intervenir sous le cours d'un délibéré?*

Oui; mais deux choses sont à remarquer: premièrement, si les parties principales consentent à l'intervenant la faculté d'intervenir, l'intervention est jugée sur le délibéré avec l'instance principale, sans qu'il soit besoin de jugement de jonction; car le consentement des parties autorise suffisamment le rapporteur à comprendre l'intervention dans son rapport, et le juge à y statuer dans son jugement, en énonçant ce consentement. Ici, un jugement de jonction serait en pure perte, puisqu'il n'est ni nécessaire ni utile. Deuxièmement, si au contraire la faculté d'intervenir est contestée, l'incident est porté à l'audience (*Arg.* de l'art. 338); l'intervenant y est jugé recevable ou non recevable. Dans le premier cas, on joint le fond de l'intervention à l'instance principale, pour être statué ensemble sur le tout; dans le second, l'intervenant est écarté de la cause, et le délibéré est jugé entre les parties principales seulement.

Mais il faut remarquer que l'art. 340 porte que l'intervention ne pourra retarder le jugement de l'action principale, quand elle sera en état. Or, d'après l'art. 343, l'instance est nécessairement en état, quand elle est mise en délibéré: si donc le jugement de l'intervention au fond nécessitait quelques instructions, il n'y aurait pas lieu à la joindre au délibéré. (*V.* PIGEAU, t. 1, p. 397 et 398, et nos questions sur l'art. 343.)

[[Nous ne pouvons, d'après les principes exposés sous la *Quest.* 441, ad-

---

position que le pretendu défaillant ne manquerait pas de former contre le jugement définitif.

(1) « Mais, ajoute M. Pigeau, il faut, pour « cette jonction, distinguer entre le délibéré « sans rapporteur, et le délibéré avec rap- « porteur. Dans le délibéré sans rappor- « teur, la cause sur l'incident est continuée « au jour indiqué pour la cause principale, « pour être statué sur le tout par un même « jugement. » C'est-à-dire qu'en ce cas il y a toujours lieu à la jonction, encore bien que l'incident pût être jugé séparément; tandis que, dans le délibéré avec rapporteur, il devient nécessaire de prononcer définitivement, dès qu'il est possible, afin de ne pas charger inutilement le rapport d'un incident qui peut être vidé de suite

On voit, par ce qui précède, que M. Pigeau est bien loin de considérer un délibéré comme terminant l'instruction, puisqu'il admet les demandes incidentes, même sous le cours d'un délibéré sans rapport. Pour nous, nous persistons à croire que le délibéré sans rapporteur la termine, et qu'une partie serait fondée à s'opposer à la jonction.

[*V.* nos observations sur la *Quest.* 441.]

mettre l'intervention sous le cours d'un délibéré; notre opinion a été sanctionnée par la Cour d'Orléans, le 15 janvier 1833 (*J. Av.*, t. 49, p. 624), et par la Cour de cassation, le 17 janvier 1826 (*J. Av.*, t. 30, p. 391).]]

445. *Si, immédiatement après le jugement qui ordonne un délibéré, une partie ne remet pas ses pièces, cette négligence opère-t-elle forclusion?*

Tant que le rapport n'est point fait, ou que le jugement n'est pas prononcé, dit M. DELAPORTE, t. 1, p. 106, la partie en retard peut remettre ses pièces au rapporteur; mais on sent que cette remise, faite dans l'intervalle du rapport au jugement, n'oblige point le rapporteur à faire un nouveau rapport; elle ne peut être utile que pour l'instruction du tribunal, que l'on met à portée d'examiner les pièces en délibérant.

[[Cette solution nous paraît juste.]]

ART. 95. Si une affaire ne paraît pas susceptible d'être jugée sur plaidoirie ou délibéré, le tribunal ordonnera qu'elle sera *instruite par écrit* (1), pour en être fait *rapport* (2) par l'un des juges nommé par le jugement.

Aucune cause ne peut être mise en rapport qu'à l'audience et à la pluralité des voix.

Tarif, 84. — [Notre Comment. du Tarif, t. 1, p. 177 et 178, nos 16 à 22.] — Ordonn. de 1667, tit. 11, art. 9.—[Notre Dict. gén. de Pr., vis *Délibéré*, nos 2, 3 à 13. 43, 47 à 50; *Enregistrement*, nos 325 et 328; *Plaidoiries*, nos 10 à 12; *Avocat*, nos 24 et 25.—Arm. Dalloz, vo *Instruction par écrit*, nos 44 à 53. — QUESTIONS TRAITÉES : En quoi et par quel motif l'art. 95 est-il applicable aux délibérés? *Q.* 446. —Le rapporteur doit-il être choisi parmi les juges qui ont assisté au jugement? *Q.* 446 *bis*.—Si le jugement qui ordonne le délibéré ou l'instruction par écrit n'avait pas été rendu à l'audience, ce jugement serait-il nul? *Q.* 447. — Est-il des causes qui ne puissent etre instruites par écrit? [Les défauts, les matières sommaires, sont-ils susceptibles, soit de l'instruction par écrit, soit du délibéré sur rapport.] *Q.* 448. — Est-il des causes qui soient nécessairement soumises à l'instruction par écrit? *Q.* 448 *bis*.—Le tribunal, au lieu d'ordonner que la cause sera instruite par écrit, sur le rapport d'un juge nommé à cet effet, pourrait-il prononcer un renvoi devant des arbitres ou des jurisconsultes pour avoir leur avis? *Q.* 449] V. p. 539, Q. 446*.

LXXVI. L'art. 95, et ceux qui le suivent jusqu'à la fin du présent titre, prescrivent les règles et les formalités de l'instruction par écrit, qui, comme nous l'avons dit p. 234, peuvent être ordonnées dans les affaires tellement compliquées que des développements écrits peuvent seuls les éclaircir. En vain voudrait-on se contenter de la plaidoirie des défenseurs : en pareil cas, les explications verbales, loin d'apporter la lumière, augmenteraient l'obscurité, et la loi ne pouvait prendre trop de précautions pour s'assurer que chacun des juges sera parfaitement instruit de la contestation qui lui est soumise. Au milieu d'un tel labyrinthe, l'instruction par écrit était indispensable : c'est contre l'abus qu'il fallait se mettre en garde, et le législateur n'a rien négligé pour que ce mode fût toujours utile et jamais abusif. Il n'est point à craindre qu'il soit ordonné sans un juste motif (*V.* l'art. 95, et le commentaire sur l'art. 93), et l'on a réglé avec soin, et abrégé, autant qu'il était possible, les délais d'attaque et de défense; on a pris garde de fixer des délais trop courts : ils eussent produit le même effet que s'il n'en eût point été prescrit; car il eût été nécessaire d'aller au delà, et une fois qu'ils eussent été franchis, il eût été

(1) *Instruire : V.* au tit. III, ce qu'on entend par instruction en général, et *suprà*, p. 530, ce qu'on entend par ces mots *instruire par écrit*.

(2) *Rapport*. C'est un résumé que le juge commis fait à ses collègues des pièces, faits et moyens du procès, sans toutefois ouvrir son avis. Seulement le rapporteur opine le premier, lors de la délibération (*Règl. du 30 mars* 1808, art. 36.)

impossible de prévoir où l'on se fût arrêté. (*Rapp. au Corps législ.*; *V* la note sur l'art. 105.)

446. *En quoi et par quel motif l'art. 95 est-il applicable aux délibérés?*

Cet article est applicable aux délibérés sur rapport, en ce qu'ils doivent être ordonnés à l'audience et à la pluralité des voix, parce qu'il prescrit qu'aucune cause ne peut être mise autrement en rapport. Or, par le délibéré dont il s'agit en l'art. 93, on met la cause en rapport.

[[On peut lire dans le même sens, que personne ne conteste, MM. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 250, et DALLOZ, t. 9, p. 522, nº 4.]]

Supp. alph., vº *Instr. par écr*, n. 4. *L'instruction par écrit peut-elle être ordonnée bien que l'avocat d'une seule partie ait été entendu?*

[**446 bis.** *Le rapporteur doit-il être choisi parmi les juges qui ont assisté au jugement?*

Oui, en matière de délibéré, puisqu'il s'agit de résumer l'instruction qui a déjà eu lieu et qui est close.

Non, en matière d'instruction par écrit, puisque ce qui est passé n'a plus d'importance, et que, tout commençant sur de nouveaux errements, le rapporteur trouvera, dans l'instruction postérieure au jugement, qui l'ordonne, tout ce qui est nécessaire pour l'éclairer.

Telle est aussi l'opinion de M. THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 212.

Au surplus, le juge suppléant qui a assisté au jugement pour compléter le nombre requis, peut être nommé rapporteur, Cass., 27 juin 1827 (*J. Av.*, t. 33, p. 273); il en serait autrement si sa présence était surabondante; Cass. 23 avril 1827 (*J. Av.*, t. 34, p. 41). Pourraient même être nommés, les juges auditeurs qui, par leur âge, n'auraient pas encore voix délibérative; Cass., 12 août 1829 (*J. Av.*, t. 37, p. 287). Le même arrêt juge que, dans ce cas et par le seul fait de cette nomination, ils acquerraient le pouvoir de délibérer. Aucun texte de loi ne justifie cette décision que nous ne saurions approuver.

Mais si le juge auditeur avait, par son âge, voix délibérative, peu importerait qu'on ne lui eût, par erreur, attribué, dans le texte ou la copie du jugement, que voix consultative, le jugement auquel il aurait participé n'en serait pas moins valable; Cass., 18 août 1829 (*J. Av.*, t. 37, p. 295).]]

447. *Si le jugement qui ordonne le délibéré ou l'instruction par écrit n'avait pas été rendu à l'audience, ce jugement serait-il nul?*

L'art. 9 du tit. 11 de l'ordonnance de 1667 prononçait formellement la nullité. Le Code de procédure garde le silence à cet égard, et l'art. 1030 défend aux juges de suppléer les nullités des exploits ou *actes de procédure*.

Quoi qu'il en soit, nous pensons, avec M. DELAPORTE, t. 1, p. 110, et les auteurs du *Praticien*, t. 1, p. 359, aux notes, que, la loi défendant de rendre jugement autrement qu'à l'audience, la nullité devrait être prononcée (1).

[[Cela nous paraît évident.]]

448. *Est-il des causes qui ne puissent être instruites par écrit?* [[*Les défauts, les matières sommaires, sont-ils susceptibles, soit de l'instruction par écrit, soit du délibéré sur rapport?*]]

L'art. 10 du tit. 17 de l'ordonnance de 1667 défendait d'ordonner l'instruction par écrit dans les matières sommaires. Notre Code ne contient pas ex-

(1) Nous donnerons, sur l'art. 1030, des explications qui tendent à justifier cette opinion.

pressément la même défense. Cependant l'art. 405, semblable à l'art. 35 du titre précité de l'ordonnance, porte que ces matières seront jugées à l'audience, après les délais de la citation échus, sur un simple acte, sans autres procédures ni formalités. De là M. DELAPORTE, t. 1. p. 106; M. PIGEAU, t. 1, p. 361, et les auteurs du *Praticien*, t. 1, p. 358, concluent qu'elles ne peuvent être instruites par écrit, et qu'il en est de même dans les cas où le Code veut que l'on juge sommairement; par exemple, dans l'espèce des art. 172, 521, 587 et 382. La règle générale, disait Jousse, sur l'art. 7 du tit. 14 de l'ordonnance, c'est que tout ce qui peut être jugé à l'audience doit y être jugé. Or, les affaires sommaires, qui ne sont réputées telles qu'en raison de leur simplicité, et qui souvent exigent de la célérité, n'ont pas besoin et s'accommoderaient mal des longueurs et des formalités d'une instruction par écrit : elle ne peut convenir que dans les affaires obscures et difficiles (1).

---

(1) Jousse, sur le même article, citait encore les défauts comme ne pouvant être l'objet d'une instruction par écrit; mais, suivant les auteurs du *Praticien*, p. 358, aux notes, on pourrait ordonner un appointement à mettre, conformément à l'art. 150.

Nous remarquerons que ces auteurs semblent appeler appointement à mettre le jugement qui ordonne un délibéré sur rapport. Or, l'art. 150 ne parle point, suivant nous, d'un tel délibéré; il dit seulement que les juges pourront faire mettre les pièces sur le bureau, pour prononcer le jugement à l'audience suivante; et de là nous concluons que non-seulement les défauts ne peuvent être instruits par écrit, mais encore que la loi n'autorise qu'un simple délibéré sans rapport, un délibéré de la nature de celui dont parle M. PIGEAU, t. 1, p. 361, art. 2.

[C'est aussi l'opinion de MM. FAVARD DE LANGLADE, t. 3, p. 87, et DALLOZ, t. 9, p. 525. n° 17; nous pensons, au contraire, que les magistrats peuvent s'éclairer par tous les moyens que leur offre la procédure. *V.* notre *Quest.* 619 à la note, t. 2, p. 27.]

Cette observation nous conduit à examiner si les matières sommaires, à l'égard desquelles nous venons de dire que l'instruction par écrit ne peut avoir lieu, admettent du moins le délibéré sur rapport. M. Delaporte tire une induction pour la négative de l'art. 405. Nous pensons que cet article et les motifs qui excluent l'instruction par écrit, militent également contre le délibéré sur rapport.

[Mais M. BONCENNE, t. 2, p. 321, enseigne que le délibéré sur rapport peut avoir lieu dans les matières sommaires, et il appuie cette opinion, qui nous paraît exacte, de l'autorité de M. LOCRÉ, dont il cite le passage ainsi conçu :

« Il ne faut pas confondre le délibéré avec l'instruction par écrit : l'art. 95 du Code de procédure les en distingue et les assimile à la défense verbale, lorsqu'il dit « *si une affaire n'est pas susceptible d'être jugée sur « plaidoirie, ou délibéré, le tribunal ordonnera qu'elle sera* instruite par écrit, *pour « en être fait rapport par l'un des juges « nommés par le jugement.* »

« Qu'est-ce en effet qu'un délibéré?

« L'art. 93 en donne la définition suivante : « *Le tribunal pourra ordonner que « les pièces seront mises sur le bureau, pour « en être délibéré au rapport d'un juge « nommé par le jugement, avec indication « du jour auquel le rapport sera fait.* »

« Or, à moins de vouloir que la justice prononce en aveugle, il est impossible de refuser à tel tribunal que ce soit, la faculté d'examiner à loisir les pièces dont une lecture rapide ne lui permet point de saisir les rapports et l'ensemble, et de commettre un de ses membres pour lui en rendre compte. Ce n'est point là une instruction écrite, *puisque* la défense ne se fait point par écrit.

« L'art. 93 est donc applicable aux tribunaux de commerce, ainsi que l'art. 94, qui porte : « *Les parties et leurs défenseurs seront tenus d'exécuter le jugement qui ordonnera le délibéré, sans qu'il soit besoin « de le leur signifier, et sans sommation : si « l'une des parties ne remet point ses pièces, « la cause sera jugée sur les pièces de « l'autre.* »

« Les délibérés ainsi ordonnés par les tribunaux de commerce, ne diffèrent du renvoi devant les arbitres, qu'en ce que dans ceux-ci ce sont des tiers qui examinent les pièces et donnent leur avis, au lieu qu'ici c'est un membre du tribunal. D'où l'on peut inférer que les tribunaux de commerce ont également le droit de recourir à l'un et à l'autre moyen. »

Un arrêt de la Cour de cassation du 5 juin 1839 (*J. P.*, t. 1 de 1839, p 655), a jugé qu'en effet les matières sommaires sont susceptibles du déliberé sur rapport.]

[[MM. FAVARD DE LANGLADE, t. 3, p. 87, et DALLOZ, t. 9, p. 525, n° 15, professent la même doctrine. C'est aussi ce que nous avons dit dans notre commentaire du Tarif, t. 1, p. 177 et 538.]] V. Q. 1478 *bis*.

[[**448** bis. *Est-il des causes qui soient necessairement soumises à l'instruction par écrit ?*

Oui, et ce sont : 1° les instances relatives à la perception des droits d'enregistrement, conformément à l'art. 17 de la loi du 27 ventôse an 9 ;

2° Celles qui intéressent le fond du droit en matière de contributions indirectes.

Ces causes veulent être instruites sur simples mémoires, et sans plaidoiries, sans que néanmoins elles soient assujetties aux formes du présent titre : il existe à leur égard des lois spéciales auxquelles il faut se conformer.

La Cour de cassation a jugé plusieurs fois qu'il y avait nullité des jugements rendus en contravention à ces règles. Voir, sur ce point, les nombreux arrêts rapportés ou indiqués au *J. Av.*, t. 9, p. 13, v° *Délibéré*, n° 4. *Voy.* aussi M. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 253 et 254.

Néanmoins, cette énonciation *ouï les avoués des parties*, insérée dans un jugement en matière de contributions indirectes, ne suffit pas pour constater que le jugement a été rendu sur plaidoiries, et par conséquent en contravention à la loi ; Cass., 25 juin 1821 (*J. Av.*, t. 23, p. 249); 20 mars 1826 (*J. Av.*, t. 31, p. 78), et 1er août 1836 (*J. Av.*, t. 51, p. 687).

Les causes qui intéressent le domaine de l'État, et dont la poursuite est attribuée aux préfets, peuvent aussi être instruites sur simples mémoires respectivement signifiés, mais ce n'est là qu'une faculté qui n'exclut point l'usage des plaidoiries comme l'ont jugé les Cours de cassation, le 7 déc. 1825 (*J. Av.*, t. 30, p. 376); de Limoges, le 13 mai 1828 (*J. Av.*, t. 37, p. 43); de Colmar, le 8 janvier 1830 (*J. Av.*, t. 38, p. 325); de Bourges, le 7 février 1828 (*J. Av.*, t. 37, p. 121), et de Nancy, le 28 mars 1831 (*J. Av.*, t. 40, p. 228).]]

449. *Le tribunal, au lieu d'ordonner que la cause sera instruite par écrit, sur le rapport d'un juge nommé à cet effet, pourrait-il prononcer un renvoi devant des arbitres et des jurisconsultes, pour avoir leur avis ?*

Dans certains cas, disent les auteurs du *Praticien*, t. 1, p. 359, aux notes, le tribunal renvoie devant des arbitres ou des jurisconsultes, pour avoir leur avis ; mais la loi autorise-t-elle ce renvoi ? Nous avons eu occasion d'examiner cette question dans le *Journal des arrêts de la Cour de Rennes*, t. 1, p. 486, aux notes, et nous nous sommes expliqué comme suit :

« Nous rappelons que l'usage avait introduit, sous l'empire de l'ordonnance, le renvoi devant des arbitres qui pouvaient être choisis par le tribunal, soit parmi des avocats, soit parmi d'autres personnes, qui examinaient l'affaire et donnaient un avis sur lequel le tribunal prononçait ensuite ce qu'il croyait devoir appartenir.

« Cet usage est attesté par M. PIGEAU, qui, dans son ancien *Traité de la Procédure* (*Voy.* t. 1, p. 247), établit les règles et indique les effets de ces renvois.

« On convient que cet usage pouvait présenter des avantages ; mais le Code ne l'ayant point consacré, il nous semble abrogé par son silence même, et par l'art. 1041. Le juge ne peut d'ailleurs, sans occasionner des frais frustratoires, suppléer au mode d'instruction que la loi ne prononce point. D'un autre côté, l'on peut dire que les parties qui sont en présence des juges que la loi leur a donnés, ont droit d'exiger qu'ils prononcent sur leur contesta-

tion, sans influence de qui que ce soit. Aussi M. Pigeau, qui, dans son nouveau *Traité*, a conservé tout ce qui, dans son ancien, pouvait s'accommoder au Code actuel, a-t-il supprimé tout ce qu'il avait dit relativement à de tels renvois, que la loi n'autorise qu'en matière de commerce, et dans les cas qu'elle exprime. » (Code de proc., art. 429; Code de comm., art. 51.)

[[L'opinion de M. Carré nous a toujours paru la seule légale, quoique en fait les tribunaux civils méconnaissent souvent ce principe. *V.* nos *Quest.* 1158 et 1533.]]

ART. 96. Dans la quinzaine de la signification du jugement, le demandeur fera signifier une *requête* (1) contenant ses moyens; elle sera terminée par un état des pièces produites au soutien

Le demandeur sera tenu, dans les vingt-quatre heures qui suivront cette signification, de *produire* (2) au greffe et de faire signifier *l'acte de produit* (3).

Tarif, 70, 73, 78, 91. — [Notre Comm. du Tarif, t. 1, p. 178 et 179. nos 23 à 28.] — *Infrà*, art. 104. — [Notre Dict. gén. de Proc., vo *Délibéré*, nos 15, 16, 24. — Arm. Dalloz, vo *Instruction par écrit*, nos 54 à 61.—Locré, t. 21, p. 416, no 61. — QUESTIONS TRAITÉES: La signification du jugement qui ordonne l'instruction par écrit appartient-elle au demandeur? *Q.* 450 —La signification du jugement se fait-elle d'avoué à avoué? *Q.* 451. — S'il y a des parties défaillantes, est-il permis de leur faire séparément la signification de la requête contenant les moyens, et celle de l'acte de produit? *Q.* 452. — Si, dans le cours de l'instruction par écrit, une partie défaillante constitue avoué, faut-il obtenir un jugement qui déclare que cette instruction sera continuée avec cet avoué? *Q.* 453. — Est-on obligé de coter les pièces, c'est-à-dire de les numéroter alphabétiquement, tant dans l'état que sur le dos des pièces qu'il indique? *Q.* 454.—Doit-on nécessairement renfermer tous les moyens dans une requête, en sorte qu'on ne puisse en présenter une seconde par forme de supplément? *Q.* 455.]

V. *infrà*, p. 543, *Q.* 452 *bis*.

450. *La signification du jugement qui ordonne l'instruction par écrit appartient-elle exclusivement au demandeur?*

La loi ne le dit point; elle dispose seulement que le délai qu'elle accorde au demandeur, pour instruire et produire, court du jour de la signification du jugement. Il paraît résulter de là que la partie la plus diligente a le droit de faire cette signification. (*V.* DEMIAU-CROUZILHAC, p. 90 et 92.)

[[Cet avis, que nous partageons, est aussi celui de MM. FAVARD DE LANGLADE, t. 3, p. 87; DALLOZ, t. 9, p. 525, no 18; THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 212; BONCENNE, t. 2, p. 327, et BOITARD, t. 1, p. 391.]]

451. *La signification du jugement se fait-elle d'avoué à avoué?*

Oui; mais s'il y a des défaillants qui n'ont pas constitué avoué, elle doit leur être faite à personne ou domicile. (*V.* le même auteur, p. 90.)

[[Même assentiment de la part des mêmes auteurs.]]

452. *S'il y a des parties défaillantes, est-il nécessaire de leur faire séparément la signification de la requête contenant les moyens, et celle de l'acte de produit?*

Il n'est pas douteux que cette double signification doit être faite aux défail-

---

(1) *Requête.* C'est une demande motivée adressée à la justice; elle diffère de tous les actes par lesquels on prend des conclusions devant elle, en ce qu'elle est nommément faite au juge.

(2) *Produire*, c'est *déposer* au greffe, pour mettre entre les mains du juge.

(3) *Acte de produit ou de production*; c'est l'acte par lequel on déclare à la partie adverse que l'on a mis sa production au greffe avec sommation à cette partie d'y mettre la sienne, et même de fournir ses contredits.

lants; car ils ont le droit de constituer avoué et de contredire aussi longtemps que les délais ne sont pas expirés : il faut donc les constituer en demeure de toute défense (1).

[[C'est aussi notre opinion.]]

Supp. alph., v° *Instr. par écr.*, n. 15. *Un mémoire imprimé et non signifié peut-il être produit dans une instruction par écrit?*

453. *Si, dans le cours de l'instruction par écrit, une partie défaillante constitue avoué, faut-il obtenir un jugement qui déclare que cette instruction sera continuée avec cet avoué?*

M. Demiau-Crouzilhac pense qu'il est nécessaire d'obtenir un pareil jugement, qu'il appelle de *pure forme*, et par lequel le tribunal déclare que l'instruction sera continuée avec l'avoué *nouvellement constitué, en ce qui reste à faire avec lui, le* DÉFAUT *lié;* c'est-à-dire qu'on statuerait, en jugeant le fond, sur les dépens du défaut, pour savoir qui devra les supporter, et quelquefois sur le mérite du jugement de jonction du défaut, s'il était anticipé; ce qui n'a aucune influence sur la procédure en totalité, mais sur cette partie seulement, qui n'est qu'une branche indépendante du corps entier.

Nous ne croyons pas cette opinion fondée.

En effet, le Code ne nous paraît point admettre ce jugement de *pure forme* qu'exige M. Demiau; et nous croyons, au contraire, d'après la solution donnée au numéro précédent, que le jugement qui ordonne l'instruction par écrit devant être signifié aux défaillants, ils se trouvent suffisamment avertis de se défendre et de produire.

Si donc ils constituent avoué sur cette signification, rien n'empêche que l'avoué du défendeur ne procède de suite contradictoirement avec l'autre, sans qu'il soit besoin que le tribunal l'ordonne, et sauf à lui à statuer sur les frais du défaut en jugeant le fond. Un jugement de *pure forme* est frustratoire, puisqu'il est inutile.

[[Nous nous rangeons à l'avis de M. Carré. (*V.* la note sous la *Quest.* 448.) M. FAVARD DE LANGLADE, t. 3, p. 87, admet l'instruction par écrit en cas de défaut-joint seulement.]]

454. *Est-on obligé de coter les pièces, c'est-à-dire de les numéroter alphabétiquement, tant dans l'état que sur le dos des pièces qu'il indique?*

Ce mode avait été prescrit par plusieurs ordonnances; mais le Code ne l'indique pas : il convient néanmoins de le suivre, comme offrant un moyen plus facile de retrouver les pièces. (*V.* JOUSSE, sur l'art. 33 du tit. 11 de l'ordonnance de 1667.)

[[Cette précaution est sage. On pourrait aussi suivre l'ordre chronologique.]]

455. *Doit-on nécessairement renfermer tous les moyens dans une seule requête en sorte qu'on ne puisse en présenter une seconde par forme de supplément?*

Il serait beaucoup plus régulier, disent les auteurs du *Praticien*, t. 1,

---

(1) Mais seraient-ils fondés à faire considérer comme nulle la signification qui leur aurait été faite simultanément de la requête et de l'acte de produit? On dit, pour l'affirmative, que l'art. 96 exige, sans distinction, deux significations et un délai de 24 heures entre elles. Cependant, M. DEMIAU-CROUZILHAC, p. 91, dit formellement *que, s'il y a des parties défaillantes, on n'a pas besoin de leur faire des significations en détail, surtout si leur domicile est éloigné; mais qu'on leur signifie en même temps la requête et l'état des pièces, copie de l'acte de signification qui a été faite aux avoués, et copie de la sommation de produire, afin qu'elles n'en ignorent.* Le texte de la loi nous semble évidemment en opposition avec cette opinion.

p. 362, de renfermer tous les moyens dans une seule requête; mais ce n'est pas, suivant eux, une obligation rigoureuse; et conséquemment ils estiment qu'on peut présenter une requête supplétive, pourvu toutefois que la quinzaine ne soit pas expirée. Nous partageons cette opinion, parce que le Code ne défend pas ce supplément; mais nous pensons, d'après l'art. 105, que les frais de ces moyens supplétifs et de leur signification ne devraient pas passer en taxe.

[[Ainsi le pensent MM. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 455; FAVARD DE LANGLADE, t. 3, p. 87; DALLOZ, t. 9, p. 526, et leur avis, que nous partageons, a été consacré par la Cour de Rennes, le 6 mai 1813 (*J. Av.*, t. 9, p. 22).]]

ART. 97. Dans la quinzaine de la *production* (1) du demandeur au greffe, le défendeur en prendra communication, et fera signifier sa réponse avec état au bas des pièces au soutien; dans les vingt-quatre heures de cette signification, *il rétablira* (2) au greffe la production par lui prise en communication, fera la sienne et en signifiera l'acte.

Dans le cas où il y aurait plusieurs défendeurs, s'ils ont tout à la fois des avoués et des *intérêts différents*, ils auront chacun les délais ci-dessus fixés pour prendre communication, répondre et produire : la communication leur sera donnée successivement, à commencer par *le plus diligent* (3).

Tarif, 70, 73, 91.—[Notre Comm. du Tarif, t. 1, p. 179 à 181, nos 29 à 37.]—Code de proc., art. 100, 189, 524.—[Notre Dict. gén. de proc., vo *Délibéré*, nos 17 à 19, 26.—Arm. Dalloz, vo *Instruction par écrit*, nos 62 à 67.—Locré, t. 21, p. 74 et p. 416, no 62. — QUESTIONS TRAITÉES: De ce que l'art. 97 dispose que le défendeur *prendra communication*, doit-on conclure qu'il y soit rigoureusement obligé? *Q.* 456.—Comment et à qui donne-t-on la communication, lorsqu'il y a plusieurs défendeurs ayant des avoués différents? *Q.* 457.—Comment se calculent les délais pour produire, lorsque le demandeur ne remet pas ses pièces au greffe, et qu'il y a plusieurs défendeurs ayant des avoués et des intérêts différents? *Q.* 458. — Lorsqu'un des défendeurs a fait sa production, chacun des autres défendeurs peut-il en prendre communication? *Q.* 459.—Le tribunal pourrait-il proroger, pour motifs légitimes, le délai fixé pour produire? *Q.* 460. — La forclusion, en matière d'instruction par écrit, est-elle une exclusion de produire aussi absolue que la forclusion en matière d'enquête? *Q.* 461.]

456. *De ce que l'art.* 97 *dispose que le défendeur* PRENDRA COMMUNICATION, *doit-on conclure qu'il y soit rigoureusement obligé?*

Le défendeur est évidemment le maître de prendre ou non communication des pièces produites par le demandeur, puisque cette communication n'est prescrite que dans son intérêt. Il pourra conséquemment produire, dans le délai que la loi lui accorde, encore bien qu'il n'ait point usé de la faculté de prendre communication. Si la loi est conçue en termes impératifs, c'est pour exprimer que le défendeur n'est reçu à prendre la communication et à pro-

---

(1) *Production.* C'est l'ensemble des titres, pièces et écritures produits dans le procès par écrit.

(2) *Rétablira.* Il peut donc prendre les pièces au greffe et les avoir à sa disposition. —(Art. 106, 108, 115.)

[Sauf bien entendu l'exception portée par l'art. 189 du Code de proc. civ. pour les pièces dont il n'y a pas minute, ainsi que cela résulte des observations du tribunat (*V.* LOCRÉ, t. 21, p. 74 et 416, no 62), et que le font remarquer MM. FAVARD DE LANGLADE, t. 3, p. 87; THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 216, et PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 259. *V.* notre *Quest* 792.]

(3) *Le plus diligent.* On nomme ainsi une des parties qui agit la première pour une procédure quelconque que chacune d'elles a le droit de faire.

duire ensuite, qu'autant qu'il se trouve dans le délai fixé par l'art. 97. (*V.* DE MIAU-CROUZILHAC, p. 92.)

[[Ceci ne peut souffrir de difficulté.]]

457. *Comment et à qui donne-t-on la communication, lorsqu'il y a plusieurs défendeurs ayant des avoués différents?*

L'article résout positivement cette question pour le cas où les défendeurs ont des intérêts différents; mais il garde le silence relativement à celui où les défendeurs n'ayant qu'un même intérêt, ont cependant constitué des avoués différents. Dans ce cas, il résulte évidemment de l'art. 97 qu'il n'y a lieu qu'à une seule communication et à un seul délai; et de là dérive la question ci-dessus posée. Comment et à qui cette communication sera-t-elle donnée? La solution de cette question se trouve dans les art. 526 et 529, qui s'explique sur un cas analogue; il dispose que les oyant-compte ayant même intérêt doivent nommer un seul avoué, et que, s'ils en ont constitué plusieurs, la copie du compte et la communication des pièces justificatives doivent être données à l'*avoué le plus ancien* SEULEMENT, s'ils ont le même intérêt. (*V.* PIGEAU, t. 1, p. 384; DELAPORTE, t. 1, p. 112.)

[[C'est aussi ce qu'enseignent, avec raison, MM. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 255; FAVARD DE LANGLADE, t. 3, p. 88; DALLOZ, t. 9, p. 526, n° 22, et BONCENNE, t. 2, p. 329.]]

458. *Comment se calculent les délais pour produire, lorsque le demandeur ne remet pas ses pièces au greffe, et qu'il y a plusieurs défendeurs ayant des avoués et des intérêts différents?*

Par une conséquence de l'art. 98, chaque défendeur remettrait sa production au greffe, à l'expiration du délai qui était accordé au demandeur.

[[En effet, comme il n'y a pas de communication qui doive être faite séparément à chacun des défendeurs, les délais qui leur appartiennent n'ont pas besoin d'être successifs : ils doivent être simultanés. C'est aussi l'avis de M. DALLOZ, t. 9, p. 526, n° 23.]]

459. *Lorsqu'un des défendeurs a fait sa production, chacun des autres défendeurs peut-il en prendre communication?*

Oui, si les intérêts des divers défendeurs sont différents; car, en ce cas, ce sont autant d'adversaires qui ont besoin de prendre communication respective des pièces qu'ils ont produites. (*V.*, sur les deux questions précédentes les *Quest. de* LEPAGE, p. 129 et 130.)

[[Ainsi le pensent encore MM. FAVARD DE LANGLADE, t. 3, p. 88, et DALLOZ, t. 9, p. 526, n° 24.]]

460. *Le tribunal pourrait-il proroger, pour motifs légitimes, le délai fixé pour produire?*

Rodier, sur l'art. 12 du tit. 11 de l'ordonnance de 1667, s'exprime ainsi : « L'ordonnance n'a fixé qu'un délai de huit jours pour produire, et un autre pareil délai pour contredire, parce qu'elle a présumé que ce délai serait « communément suffisant; mais lorsqu'il y a des affaires trop considérables « et trop chargées pour pouvoir fournir les instructions et réponses dans les « huit jours, ou parce que les avocats ne peuvent y vaquer tout d'abord, on « obtient facilement, ou du rapporteur ou de la chambre, une prorogation « de délai, *ou l'on use de quelque chicane pour se la procurer.* »

C'est, suivant nous, pour prévenir de telles chicanes, et empêcher les avoués de couvrir leur négligence de prétextes quels qu'ils soient, que le Code a étendu le délai ; et conséquemment nous ne pensons pas qu'il soit dans son esprit d'accorder au juge la faculté de proroger ; ainsi, le défaut de produire, sur quelque motif qu'on le fonde, nous paraît entraîner la *forclusion*. (Voy. *Praticien*, t. 1, p. 363.)

[[M. FAVARD DE LANGLADE, t. 3, p. 88, adopte cette opinion, qui ne paraît pas équitable à M. DALLOZ, t. 9, p. 526, n° 25. (*V.* notre observation sur la question suivante.)]]

461. *La forclusion, en matière d'instruction par écrit, est-elle une exclusion de produire aussi absolue que la forclusion en matière d'enquête?*

« La forclusion en matière d'appointement, dit DUPARC-POULLAIN, t. 9, p. 145, « n° 8, n'est pas l'exclusion absolue de produire ; c'est seulement l'expiration « du délai après lequel le juge peut juger sur ce qui est produit ; mais jus- « qu'au jugement on peut produire, quoique le délai soit expiré ; au lieu que « la forclusion en matière d'enquête exclut de faire la preuve, et rend nulle « l'enquête qui serait faite après la forclusion acquise. » (*C. de P.*, art. 257.)

Nous partageons cette opinion, par la raison que notre savant auteur breton donne de cette différence, p. 353, et qui consiste en ce que les délais pour la forclusion d'informer ont été établis principalement, afin de prévenir les manœuvres qu'on n'emploie que trop souvent pour séduire les témoins ; au lieu que la forclusion de produire n'a pour objet que d'arrêter les longueurs des procès par écrit ; la loi n'a point eu pour objet d'empêcher la partie de produire ses moyens de défense et les titres qui fournissent des preuves littérales en sa faveur (1).

[[D'après cela, il ne serait pas vrai de dire, quoique M. Carré l'ait écrit sous la précédente question, que le *défaut de produire entraînât forclusion ;* car, s'il y a forclusion, on ne peut plus produire après l'expiration du délai, et, si l'on peut encore produire, il n'y a pas forclusion. Ces deux opinions nous paraissent difficiles à concilier.

Quant à nous, il nous semble que le législateur, en augmentant les délais de la production, n'a pas assez formellement exprimé son intention de les rendre rigoureux, pour qu'on en induise l'interdiction aux juges de la faculté de les proroger, si les motifs leur paraissent légitimes ; ce serait quelquefois rendre la défense impossible, et la crainte d'abus, que la sagesse des juges pourra toujours prévenir, ne saurait avoir proscrit un usage salutaire : nous pensons donc que les juges peuvent, au besoin, proroger les délais, sans cependant que, dans le jugement qui ordonne l'instruction, ils puissent accorder des délais plus longs que ceux de la loi. Ce système nous paraît plus logique et plus homogène dans ses parties. La doctrine contraire nous semble, autant qu'une forclusion absolue, inconciliable avec ce principe, enseigné par tous les auteurs, notamment par MM. THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 215, BONCENNE, t. 2, p. 333, et par M. Carré lui-même, qu'en matière d'instruction

(1) Jousse, sur l'art. 20 du tit. 11 de l'ordonnance ; Pothier, dans son *Traité de la Procédure civile*, chap. 3, s'expliquent de la sorte ; et, depuis la publication du Code, id. DELAPORTE, t. 1, p. 114, et M. DEMIAU-CROUZILHAC, p. 92, disent aussi que les délais ne sont que *comminatoires*, en ce sens qu'on est toujours à temps de produire jusqu'au jugement. — Ce que nous disons ici s'applique également aux délais donnés aux défendeurs.

par écrit les délais ne sont que comminatoires, de même qu'en matière de défenses et de délibérés sur rapport. (*V.* la *Quest.* 445.)]]

ART. 98. Si le demandeur n'avait pas produit dans le délai ci-dessus fixé, le défendeur mettra sa production au greffe, ainsi qu'il a été dit ci-dessus ; le demandeur n'aura que huitaine pour en prendre communication et contredire ; ce délai passé, il sera procédé au jugement, sur la production du défendeur.

[Notre Comm. du Tarif, t. 1, p. 181, n°s 38 à 42.] — Ordonnance de 1667, tit. 11, art. 17.—Code de proc., art. 96, 524.—[Notre Dict. gén. de Proc., v^o *Délibéré*, n°s 17, 22, 25.—Arm. Dalloz, v^o *Instruction par écrit*, n°s 68 à 76. — QUESTIONS TRAITÉES : Le défendeur, au lieu de produire à l'expiration du délai donné au demandeur, ne serait-il pas fondé à appeler le demandeur à l'audience, pour voir rejeter sa demande, faute d'en avoir justifié, en ne produisant pas? *Q.* 462 —Le défendeur peut-il répliquer à l'écrit de production que le demandeur fait dans le délai de huitaine? *Q.* 463.]

LXXVII. Les motifs des art. 98, 99, 100 et 101, concernant l'observation des délais de l'instruction, sont que chaque partie, étant intéressée à réclamer l'exécution des lois, peut demander jugement aussitôt que les délais sont expirés; mais si aucune ne le demande, on ne doit s'en prendre ni à la loi ni aux juges : quand les parties sont d'accord pour ne pas être jugées, elles n'ont pas le droit de se plaindre, et, lorsque le retard provient du fait de l'avoué, elles peuvent le révoquer et en nommer un autre. (*Rapport au Corps législatif.*) Il suit de là que, dans tous les cas prévus par les articles ci-dessus indiqués, le jugement ne peut jamais être rendu d'office, à raison de l'expiration des délais.

462. *Le défendeur, au lieu de produire à l'expiration du délai donné au demandeur, ne serait-il pas fondé à appeler le demandeur à l'audience, pour voir rejeter sa demande, faute d'en avoir justifié en ne produisant pas ?*

Il est de principe que le défendeur doit être renvoyé de la demande, et sans que le juge soit obligé de la vérifier, toutes les fois que le demandeur ne se présente pas pour fournir ses moyens. (*V.* nos questions sur l'art. 150.)

C'est sans doute par cette raison que M. DEMIAU-CROUZILHAC, p. 93, après avoir examiné et résolu affirmativement la question de savoir si le défendeur peut répliquer à l'écrit de produit que le demandeur fournirait dans la huitaine qui suivrait la production de celui-ci, s'exprime ainsi : « Il ne faut pas « cependant que ce soit abusif; les circonstances seules peuvent autoriser « cette tolérance : il vaudrait encore mieux, si l'on n'a aucune demande re- « conventionnelle à former, le délai de produire étant expiré sans que le « demandeur ait signifié sa requête, faire une sommation libellée, pour faire « venir l'avoué du demandeur à la prochaine audience, à l'effet de voir reje- « ter sa demande, faute par lui d'en avoir justifié. Par ce moyen, il faut qu'il « produise ou que sa demande soit rejetée; ce qui ne présente aucun incon- « vénient, pourvu que le tribunal déclare, pour la régularité de la forme, *qu'il* « *vide le préparatoire prononce par le jugement du..., etc.* »

Or, la loi ayant accordé un délai de huitaine en faveur du demandeur, pour produire après le défendeur, il est évident qu'elle a entendu obliger celui-ci à faire lui-même sa production à l'expiration du délai ordinaire de quinzaine, qu'elle donnait d'abord au demandeur ; s'il en était autrement, il arriverait toujours que le défendeur poursuivrait le jugement par défaut, faute de produire, dont parle M. Demiau-Crouzilhac, et forcerait ainsi le demandeur à faire cette production ; en sorte que la loi aurait très inutilement accordé un

délai de huitaine à ce dernier, à compter du jour de la production du défendeur (1).

[[Deux raisons s'opposent ici à l'admission de la doctrine de M. Demiau-Crouzilhac, que repoussent, comme nous, MM. FAVARD DE LANGLADE, t. 3, p. 88, et DALLOZ, t. 9, p. 526, n° 26.

La première, c'est que la demande peut se justifier sans production et sans instruction par écrit; les titres et les requêtes peuvent avoir été signifiés auparavant, et suffire pour éclairer la religion des magistrats : la seconde, que, si les juges ordonnent une instruction par écrit, c'est autant dans le but de s'éclairer que de fournir des moyens à la défense; et alors le défendeur aurait mauvaise grâce de poursuivre l'audience sans avoir produit. Mais, dira-t-on, qu'arrivera-t-il si le défendeur ne produit pas? le demandeur sera bien forcé de le faire, pour éviter que la cause ne soit rayée du rôle, ou qu'après trois ans de discontinuation de poursuite, elle ne tombe en péremption. Nous pensons donc qu'aucune des parties en instance ne peut poursuivre l'audience, sans avoir produit, et laissé écouler le délai nécessaire à sa partie adverse pour lui répondre.

M. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 264, dit bien que, si l'une des parties n'avait fait aucune production, et que l'autre, au lieu de produire, eût pris des conclusions isolées, que le tribunal eût trouvées suffisamment justifiées pour rendre jugement, l'art. 113 recevrait son application, c'est-à-dire qu'on jugerait en défaut de l'autre partie. Nous pensons, au contraire, que cet article ne serait applicable qu'autant que la partie aurait appuyé ses conclusions par la remise de ses pièces au greffe. Le but de l'art. 113 nous paraît formel.]]

463. *Le défendeur peut-il répliquer à l'écrit de production que le demandeur fait dans le délai de huitaine?*

Nous avons déjà dit, sur la question précédente, que M. Demiau-Crouzilhac résout affirmativement cette question; et, en effet, l'équité semble exiger cette solution; car il serait possible, comme cet auteur le remarque, que le demandeur abusât de la faculté que la loi lui donne de ne pas produire dans la quinzaine, pour, dans une requête préparée après connaissance de celle du défendeur, avancer des faits faux, invoquer de nouveaux actes qui n'auraient pas encore été employés, et produire sans crainte d'être démenti; ce qui serait injuste. On doit donc admettre le défendeur à la réplique; mais comme le juge ne peut ni donner d'autres délais que ceux que la loi accorde, ni proroger ceux-ci (*V.* ci-dessus, *Quest.* 460), [[ce motif ne nous paraît pas fondé;]] comme, d'un autre côté, l'art. 104 dispose qu'il ne sera passé en taxe que les

---

(1) Objecterait-on qu'elle n'accorde ce délai que pour le cas où le défendeur aurait bien voulu faire sa production? Nous répondons que l'art. 98, auquel renvoie l'art. 101, est conçu en termes impératifs; d'ailleurs, ces articles ont accordé au demandeur le délai dont il s'agit, par la considération qu'il peut arriver que, sans négligence de sa part, il ne produise pas dans le délai de quinzaine; par exemple, lorsque sa demande *étant simple, est de telle nature* qu'il ait besoin d'attendre et de connaître les moyens et les objections du défendeur pour la soutenir : voilà, dit M. PIGEAU, t. 1, p. 384, aux notes, le cas que la loi a prévu, en donnant ce second délai de huitaine.

Cette remarque nous paraît écarter absolument l'observation de M. Demiau-Crouzilhac; car il est facile de voir que le vœu de la loi serait trompé, s'il dépendait du défendeur de poursuivre un jugement par défaut, que le demandeur ne pourrait éviter qu'en produisant. Le défendeur le contraindrait à faire cette production malgré la loi, qui a entendu l'en dispenser par une considération qui lui est toute personnelle.

écritures et significations énoncées au titre de l'instruction par écrit, la réplique ne serait autorisée que sous la condition qu'elle n'entraînât aucun nouveau délai, qu'elle fût faite aux frais du défendeur, et signifiée à la partie adverse: alors elle ferait partie de la procédure, et le rapporteur et les juges auraient égard aux moyens qui y seraient déduits.

[[C'est aussi, et avec raison, selon nous, l'avis de MM. FAVARD DE LANGLADE, t. 3, p. 88, et DALLOZ, t. 9, p. 526, n° 27. *V.* toutefois la *Quest.* 465.]]

ART. 99. Si c'est le défendeur qui ne produit pas dans le délai qu lui est accordé, il sera procédé au jugement, sur la production du demandeur.

Même article de l'ordonn. — Le Comm. sur l'art. 98

ART. 100. Si l'un des délais fixés expire sans qu'aucun des défendeurs ait pris communication, il sera procédé au jugement sur ce qui aura été produit (1).

Le Comm. sur les art. 98, 99.— Cod. de proc., art. 97, 2e part., art. 113.

ART. 101. Faute par le demandeur de produire, le défendeur le plus diligent mettra sa production au greffe, et l'instruction sera continuée ainsi qu'il est dit ci-dessus.

[Notre Comm. du Tarif, t 1, p. 182, n° 41.] — Ordonn. de 1667, tit. 11, art. 19. — Code de proc. art 96, 97, 1re partie.—Le Comm. sur l'art. 98.—[Notre Dict. gén. de Proc., v° *Délibéré*, n° 20. — QUESTION TRAITÉE : A partir de quelle époque court le délai de huitaine accordé au demandeur pour prendre communication et contredire, lorsque, n'ayant pas produit dans le délai qui lui a été prescrit, plusieurs defendeurs ont mis leur production conformément à l'art. 101 ? *Q.* 464.]

464. *A partir de quelle époque court le délai de huitaine accordé au demandeur pour prendre communication et contredire, lorsque, n'ayant pas produit dans le délai qui lui a été prescrit, plusieurs défendeurs ont mis leur production, conformément à l'art.* 101 ?

L'art. 98 décide, pour le cas où il n'y a qu'un seul défendeur, que le délai de huitaine commence à partir de la mise au greffe de la production du défendeur; mais l'art. 101, qui prévoit le cas où il en existerait plusieurs, n'a rien statué sur la question; il se borne à exprimer que le défendeur mettra sa production au greffe, et que l'instruction sera continuée comme il est dit dans les articles précédents. Ainsi, dans cette circonstance, le demandeur doit jouir d'un délai de huitaine, comme dans l'espèce de l'art 98 : reste donc à savoir à partir de quelle époque courra ce délai?

Nous répondons qu'on doit rattacher l'art. 101 aux art. 97, 98 et 100. Il faudra conséquemment distinguer encore: si les défendeurs ont différents avoués, mais un même intérêt, le délai courra comme s'il n'y avait qu'un seul défendeur, c'est-à-dire que l'on se réglera par la disposition de l'art. 98, parce qu'en ce cas l'art. 97 n'accorde qu'un seul délai; si, au contraire, les défendeurs avaient tout à la fois et des intérêts séparés et des avoués différents, le délai ne commencera à courir, conformément au même art. 97, combiné avec

---

(1) En effet, comme la partie la plus diligente doit prendre communication, si aucune ne l'a prise dans le délai fixé, elles sont toutes en faute, et il n'est pas juste que le demandeur en souffre.

les art. 98 et 100, qu'après la production du dernier d'entre eux qui aura pris communication, ou à l'expiration de la quinzaine qui se serait écoulée sans qu'on eût fait aucune production. (*V.* DEMIAU CROUZILHAC, p. 93; PIGEAU, p. 384. et la 457e *Quest.*)

[[Cette question, qui n'offre pas de difficulté, reçoit, à bon droit, la même solution, de la part de MM. FAVARD DE LANGLADE, t. 3, p. 88; et DALLOZ, t. 9 p. 526, n° 28.]]

ART. 102. Si l'une des parties veut produire de nouvelles pièces elle le fera au greffe avec acte de produit contenant état desdites pièces, lequel sera signifié à avoué, sans requête de production nouvelle ni écritures, à peine de rejet de la taxe, lors même que l'état des pièces contiendrait de nouvelles conclusions.

Tarif, 71, 90. — [Notre Comm. du Tarif, t. 1, p. 182, n°s 43 à 45.—Notre Dict. gén. de proc., v° *Délibéré*, n° 23. — Arm. Dalloz, v° *Instruction par écrit*, n°s 77 à 79. — Locré, t. 21, p. 417, n° 65. — QUESTION TRAITÉE : Le produisant pourrait-il, dans l'acte de produit, énoncer succinctement les inductions qu'il entend tirer des pièces nouvelles? *Q.* 465.]

465. *Le produisant pourrait-il, dans l'acte de produit, énoncer succinctement les inductions qu'il entend tirer des pièces nouvelles?*

C'est l'opinion de M. DELAPORTE, t. 1, p. 115, fondée sur ce qu'il faut bien que le produisant indique au juge à quelles fins il produit ces nouvelles pièces, et qu'il le fasse connaître à la partie adverse elle-même, afin de la mettre à portée de répondre, ainsi qu'elle en a le droit. (*V.* l'art. 103.)

Rien n'empêche d'admettre cette opinion, puisque l'art. 71 du tarif n'accorde qu'une taxe fixe pour l'acte de produit. Ainsi, nul intérêt à y comprendre autre chose que ce qu'exige l'art. 102; et, d'un autre côté, si le produisant énonce dans cet acte les inductions qu'il tire des nouvelles pièces, son adversaire n'a point à craindre de supporter les frais de rôle qu'exigeraient ces énonciations. Au reste, on a coutume de les insérer dans les conclusions nouvelles que la loi autorise de prendre, soit pour ajouter aux premières, soit pour les expliquer ou les modifier. (*V.* PIGEAU, t. 1, p. 385; DEMIAU-CROUZILHAC, p. 93 et 94, et le Comm. du Code de procédure, inséré aux *Annales du notariat*, t. 1, p. 213.)

[[Le tribunat, sur la proposition duquel fut insérée la dernière partie de l'art. 102 (LOCRÉ, t. 21, p. 417, n° 65), déclara qu'on ne peut empêcher que l'état des pièces ne soit raisonné. C'est ce qui a déterminé la solution de M. Carré, que nous approuvons avec MM. FAVARD DE LANGLADE, t. 3, p. 88, n° 6, DALLOZ, t. 9, p. 526, n° 29, THOMINE DESMAZURES, t 1, p. 216, et BONCENNE, t. 2, p. 336.]]

ART. 103. L'autre partie aura huitaine pour prendre communication, et fournir sa réponse, qui ne pourra excéder six *rôles* (1).

Tarif, 73, 90.—[Notre Comm. du Tarif, t. 1, p. 182 et 183, n°s 46 à 48. — Arm. Dalloz, v° *Instruction par écrit*, n° 80. — QUESTION TRAITÉE : Si la réponse à l'acte de produit de nouvelles pièces excédait six rôles, cette réponse serait-elle rejetée comme nulle? *Q.* 466.]

---

(1) *Rôles.* On appelle ainsi un feuillet ou deux pages d'écriture de vingt-cinq lignes à la page, et de douze syllabes à la ligne. — (T. 72.)

466. *Si la réponse à l'acte de produit des nouvelles pièces excédait six rôles, cette réponse serait-elle rejetée comme nulle?*

On peut dépasser le nombre de rôles fixé par la loi, sans commettre une nullité ; car il est des circonstances où la partie pourrait être obligée d'entrer dans des détails qu'elle ne pourrait renfermer dans un aussi court espace : l'infraction n'entraîne donc d'autre peine que celle de ne pouvoir faire entrer en taxe l'excédant des six rôles. (*V. Prat.*, t. 1, p. 366; DEMIAU-CROUZILHAC, p. 94.)

[[Rien de plus incontestable.]]

ART. 104. Les avoués déclareront, au bas des originaux et des copies de toutes leurs requêtes et écritures, le nombre des rôles, qui sera aussi énoncé dans l'acte de produit, à peine de rejet lors de la taxe.

Tarif, 70, 94. — [Notre comm. du Tarif, t. 1, p. 180, n° 32 et la note. — Notre Dict. gén. de Proc., v° *Délibéré*, n° 21. — Arm. Dalloz, v° *Instruction par écrit*, n° 81. — Locré, t. 21, p. 418, n° 66. — QUESTION TRAITÉE : L'obligation imposée par l'art. 104 s'applique-t-elle seulement à l'instruction par écrit, ou s'étend-elle aux requêtes et écrits de toutes les espèces de procédure? *Q.* 467.]

LXXVIII. Cette disposition, qui est entièrement de droit nouveau, a pour but de mettre les avoués à l'abri du soupçon d'avoir augmenté après coup le nombre des rôles de leurs requêtes et écritures. (*Rapport au Corps-Législatif.*)

[[La requête qui ne contiendrait pas la formalité de l'art. 104 ne serait pas nulle ; seulement, elle ne passerait pas en taxe : ainsi le pense, avec raison, M. FAVARD DE LANGLADE, t. 3, p. 88.]]

467. *L'obligation imposée par l'art.* 104 *s'applique-t-elle seulement à l'instruction par écrit, ou s'étend-elle aux requêtes et écrits de toutes les espèces de procédures?*

Ce qui donne lieu de douter, dit M. LEPAGE dans ses questions, p. 130, c'est que l'art. 104, qui prescrit cette formalité, est contenu dans le titre qui établit les règles de l'instruction par écrit. Mais remarquons avec cet auteur que ce même article est conçu en termes généraux, et que, puisqu'il se sert de ces expressions, *toutes les requêtes et écritures*, il paraît certain que le législateur a entendu comprendre non-seulement celles qui seraient faites dans les procès par écrit, mais encore celles qui auraient lieu en toute autre procédure. D'ailleurs, l'abus que l'on a voulu prévenir existait autrefois, et pourrait se reproduire aujourd'hui dans les affaires d'audience, aussi bien qu'en celles qui s'instruisent par écrit.

[[Nous croyons en effet, avec MM. FAVARD DE LANGLADE, t. 3, p. 88, n° 7, et DALLOZ, t. 9, p. 526, n° 30, qu'il a été dans l'intention du législateur d'étendre à toute espèce de requête la règle qui, par sa position, semble ici ne concerner que les requêtes produites dans une instruction par écrit. Ce qui est bien propre à nous confirmer dans cette opinion, c'est cette circonstance, attestée par M. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 258, que le projet s'exprimait ainsi : *Dans toutes les affaires en rapport*, et que ces mots furent retranchés par le conseil, afin de donner plus de latitude à la disposition.

Il faut convenir cependant qu'elle est trop souvent inefficace, en ce qui regarde les requêtes en défenses, puisqu'il existe dans quelques tribunaux un usage coupable. On convient de ne signifier, dans le cours du procès, que l'acte de communication de la requête, acte qui seul doit être daté et enregistré. L'original et la copie ne se font qu'après le jugement, et lorsqu'il faut

faire taxer; les copies mêmes sont portées en taxe sans avoir été faites. De cette manière les avoués se ménagent réciproquement la faculté de donner à leur requête une longueur excessive ou modérée suivant que les circonstances l'exigent pour leurs intérêts.

C'est aux magistrats à réprimer un abus aussi blâmable qui décrédite la procédure, et fait tort à la justice.]]

ART. 105. Il ne sera passé en taxe que les écritures et significations énoncées au présent titre (1).

[Notre Comm. du tarif, t. 1, p. 183, n° 49.]— Art. 103.— [Locré, t. 21. p. 118, n° 67.]

ART. 106. *Les communications* (2) seront prises au greffe sur les récépissés des avoués, qui en contiendront la date (3).

[Notre Comm. du Tarif. t. 1, p. 183, n° 50.] — Contraire à l'art. 10, tit. 14, de l'ordonnance qui ne s'exécutait pas.— [Armand Dalloz, v° *Instruction par écrit*, n° 82 à 85. — Locré, t. 21, p. 266, n° 7. — QUESTIONS TRAITÉES : Lorsque les pièces ont été remises au rapporteur à l'expiration du délai, un avoué qui n'aurait pas produit pourrait-il exiger communication? *Q.* 468.—Un avoué serait-il recevable à demander une seconde communication, sous prétexte qu'il n'aurait pas été suffisamment instruit par la première? *Q.* 469.—Une partie pourrait-elle, avant la communication, retirer de sa production une ou plusieurs pièces, afin de les soustraire à cette communication? *Q.* 470.]

468. *Lorsque les pièces ont été remises au rapporteur, à l'expiration des délais, un avoué qui n'aurait pas produit pourrait-il exiger communication?*

Non, encore bien que le rapport n'eût pas été commencé, parce que la loi exige que la communication soit prise au greffe. On ne pourrait donc l'obtenir, dit M. DELAPORTE, t. 1, p. 118, que de la bonne volonté et de la confiance du rapporteur; mais nous ne pensons pas qu'il soit ainsi le maître de se dessaisir des pièces qui lui sont remises comme un dépôt sacré, sans qu'on lui justifiât du consentement des parties adverses.

[[Nous approuvons cette solution et les deux suivantes, avec MM. FAVARD DE LANGLADE, t. 3, p. 88, n° 8, et DALLOZ, t. 9, p. 526, n° 31.]]

469. *Un avoué serait-il recevable à demander une seconde communication, sous prétexte qu'il n'aurait pas été suffisamment instruit par la première?*

Nous ne pensons pas que la loi ait entendu autoriser une semblable de-

---

(1) C'est ici le lieu de remarquer combien la marche de la procédure réglée par les articles ci-dessus l'emporte, par sa simplicité, sur celle que prescrivaient l'ordonnance de 1667 et les lois postérieures. Chaque partie formait d'abord sa demande, l'autre sa réponse, par une pièce nommée *avertissement;* chaque partie faisait ensuite une réplique appelée *contredit*, et enfin chaque partie pouvait encore fournir une troisième pièce nommée *salvation*. La loi du 24 mars 1791 permit au demandeur et au défendeur de fournir chacun sa requête, et chacun aussi pouvait ensuite répondre à son adversaire. D'après le Code, on a vu que le demandeur produit sa requête (96); que le défendeur fournit la sienne (97); que, s'ils ont besoin de fournir de nouvelles pièces, ils les font signifier, mais sans requête de production ni d'écriture (102); en sorte que l'ordonnance autorisait trois écrits, la loi de 1791 deux, et notre Code actuel un seulement de chaque côté.

[M. FAVARD DE LANGLADE, fait encore observer, et avec juste raison, que les écritures faites en dehors des limites tracées par la loi ne seraient pas nulles, la peine de rejet de la taxe étant la seule prononcée par la loi. *V.* la *Quest.* 466.]

(2) *Communication;* c'est l'exhibition d'une ou plusieurs pièces, faites par celui qui en est le dépositaire à la partie qui a droit de les examiner.

(3) [Voir la note *Rétablira*, sous l'art. 97]

mande : c'est donc aux avoués à examiner avec attention la communication qui leur est faite, et à prendre copie des pièces, s'ils jugent avoir besoin d'un examen réfléchi, afin de préparer la défense de leur partie. (Voy. *Prat.*, t. 1 p. 368).

[[Voir l'observation placée sous la précédente question.]]

470. *Une partie pourrait-elle, avant la communication, retirer de sa production une ou plusieurs pièces, afin de les soustraire à cette communication?*

« En général, dit DUPARC-POULLAIN, t. 9, p. 143, toutes les pièces produites « deviennent de plein droit communes à toutes les parties ; en sorte qu'on ne « peut les retirer du procès sans leur consentement, soit avant, soit après la « communication. Dès qu'une pièce est produite, chaque partie, en effet, a « acquis le droit d'en tirer les inductions nécessaires à sa défense. »

[[Voir notre observation sous la *Quest.* 468.]]

ART. 107. Si les avoués ne rétablissent, dans les délais ci-dessus fixés, les productions par eux prises en communication, il sera, sur le certificat du greffier, et sur un simple acte pour venir plaider, rendu jugement à l'audience, qui les condamnera *personnellement* (1), et sans appel, à ladite remise, aux frais du jugement, sans répétition, et en dix francs au moins de dommages-intérêts par chaque jour de retard.

Si les avoués ne rétablissent les productions dans la huitaine de la signification dudit jugement, le tribunal pourra prononcer, *sans appel* (2) de plus forts dommages-intérêts, même condamner l'avoué *par corps*, et *l'interdire pour tel temps qu'il estimera convenable.*

Lesdites condamnations pourront être prononcées sur la demande des parties, sans qu'elles aient besoin d'avoués, et sur un simple mémoire qu'elles remettront ou au président, ou au rapporteur, ou au procureur du Roi.

Tarif, 90.—[Notre Comm. du Tarif, t. 1, p. 183 et 184, n°s 51 à 55.]— Code de Proc., art. 191, 536. —Jousse, *Comm.* sur l'art. 10, tit. 14, ordonnance de 1667.—[Notre Dict. gén. de Proc., v° *Délibéré*, n° 28.—Arm. Dalloz, v° *Instruction par écrit*, n°s 86 à 89.—Locré, t. 21, p. 418, n° 68.— QUESTIONS TRAITÉES : La troisième disposition de l'art. 107 s'applique-t-elle aux deux cas prévus par les deux premières dispositions du même article, ou seulement à celui dont il s'agit en la seconde? *Q.* 471.— Si la demande en restitution de pièces n'était pas accueillie, le jugement serait-il aussi exempt de l'appel? *Q.* 471 *bis.*—Quand, sur la poursuite de l'avoué contre son confrère, celui-ci n'a pas remis les

---

(1) *Personnellement.* Il n'a conséquemment aucune action contre son client, pour la répétition des dommages-intérêts, parce que la négligence qu'il a mise à rétablir les pièces ne peut être imputée qu'à lui seul.

(2) *Sans appel ;* alors même que, par l'accumulation des journées de retard, les dommages-int. surpassaient 1000 fr ; autrement il dépendrait de lui de se ménager la voie de l'appel, en attendant plus de cent jours pour la remise des pièces : il pourrait donc être condamné à une somme bien supérieure au taux ordinaire du premier ressort, sans pouvoir néanmoins interjeter appel de cette condamnation ; mais remarquons bien ces mots de l'article, *pourra prononcer sans appel de plus forts dommages-intérêts*, MÊME CONDAMNER, *etc.* Les mots *sans appel* ne se rapportent, ce semble, qu'à la condamnation aux dommages-intérêts, et non pas à *la contrainte par corps* et à l'interdiction, qui forment un membre de phrase séparé. Mais nous devons dire que M. BERRIAT SAINT-PRIX, p. 245, not. 18, se sert d'expressions générales qui supposent le rejet de cette distinction.

[MM. BONCENNE, t. 2, p. 341, et DALLOZ, t. 9, p. 527, n° 34, ne l'adoptent pas non plus, et nous croyons, comme eux, que l'intention de la loi a été de rendre le tribunal unique juge de cette contestation]

pièces, et qu'il devient nécessaire de provoquer l'application de la seconde disposition de l'art 107, faut-il représenter un nouveau certificat du greffier, et donner un nouvel avenir à l'audience? *Q.* 472. —Les jugements obtenus contre un avoué, conformément à l'art. 107, sont-ils susceptibles d'opposition si cet avoué a laissé défaut? *Q.* 473.]

471. *La troisième disposition de l'art.* 107 *s'applique-t-elle aux deux cas prévus par les deux premières dispositions du même article, ou seulement à celui dont il s'agit en la seconde?*

M. DELAPORTE, t. 1, p. 120, dit que cette troisième disposition ne peut être appliquée *que quand il aura été rendu un jugement de condamnation auquel il n'aura point été satisfait dans la huitaine de la signification.* Elle ne se rapporterait conséquemment qu'à la disposition qui la précède immédiatement, et qui est la seconde de l'article. Nous ne saurions suppléer au silence que garde l'auteur que nous venons de citer sur les motifs de cette solution. Tous les autres commentateurs ne paraissent pas douter que la disposition dont il s'agit ne soit commune aux deux cas prévus par l'article. (Voy. *Quest.* de LEPAGE, p. 128; le *Prat.*, t. 1, p. 369; *Traité* de M. THOMINE, p. 89 et 90; DEMIAU CROUZILHAC, p. 95.)

Comme eux nous ne faisons aucun doute à cet égard, et en voici la raison: l'art. 107 a eu pour objet d'empêcher que le rétablissement des productions ne fût arrêté par les égards que pourrait avoir un avoué pour son confrère; or, ce motif subsiste pour les deux dispositions de l'art. 107, et l'on ne trouve dans le texte nulle expression qui semble limiter à la seconde disposition le droit accordé à la partie de poursuivre, par elle-même et directement, l'avoué qui ne rétablirait pas les pièces dans les délais fixés.

[[Ceci est enseigné, avec raison, par MM. FAVARD DE LANGLADE, t. 3, p. 89; DALLOZ, t. 9, p. 527, nº 32; THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 218; et BONCENNE, t. 2, p. 340.]]

[[471 bis. *Si la demande en restitution de pièces n'était pas accueillie, le jugement serait-il aussi exempt de l'appel?*

Un avoué de Bruxelles reçut en communication les pièces de sa partie adverse, qui ne l'actionna en restitution que plus de cinq ans après. Sur le fondement de la prescription introduite par l'art. 2276 du Code civil, jugement qui déclare l'avoué déchargé.

La partie déboutée interjette appel. On lui oppose une fin de non-recevoir prise des termes de l'art. 107: *sans appel.*

Mais cette disposition était-elle applicable à l'espèce? L'art. 107 ne parle que du jugement qui condamnerait l'avoué: s'il déroge aux principes généraux en déclarant ce jugement non susceptible d'appel, c'est pour obtenir la plus grande célérité possible dans la restitution des pièces. Ce motif n'ayant pas lieu dans le cas inverse, celui où la demande n'est pas accueillie, il n'y a plus de prétexte pour appliquer une règle si exorbitante du droit commun.

Cette décision a été consacrée par la Cour de Bruxelles, le 12 octobre 1822 (*Journ.* de cette Cour, t. 2 de 1822, p. 301). Elle a décidé en même temps que la prescription de l'art. 2276 ne devait s'entendre que de l'avoué à sa partie, et ne pouvait être opposée à la partie adverse.]]

472. *Quand, sur la poursuite de l'avoué contre son confrère, celui-ci n'a pas remis les pièces, et qu'il devient nécessaire de provoquer l'application de la seconde disposition de l'art.* 107, *faut-il représenter un nouveau certificat du greffier, et donner un nouvel avenir à l'audience?*

L'art. 107 ne parle du certificat du greffier et de l'avenir que dans sa pre-

mière disposition; mais, lorsqu'il s'agit de poursuivre pour l'application de la seconde disposition, il est nécessaire, comme pour l'application de la première, de justifier que les productions n'ont pas été rétablies : il faut donc un second certificat qui le constate; il faut aussi un second acte pour venir plaider; car les condamnations qui sont l'objet de la seconde disposition ne peuvent être prononcées que par un jugement, et un jugement sur une nouvelle demande ne peut être obtenu sans cette sommation d'audience, qui équivaut à une citation pour l'avoué défendeur. (*V.* DEMIAU-CROUZILHAC, p. 95.)

[[Nous adoptons cette solution, ainsi que l'a fait M. DALLOZ, t. 9, p. 527, n° 33.]]

473. *Les jugements obtenus contre un avoué, conformément à l'art.* 107, *sont-ils susceptibles d'opposition, si cet avoué a laissé défaut?*

L'art. 107 ne s'explique qu'à l'égard de l'appel, et interdit à l'avoué condamné la faculté d'user de cette voie pour faire réformer le jugement obtenu contre lui. Il nous paraît certain que le législateur n'a point entendu accorder la voie d'opposition; autrement il aurait fourni à l'avoué, qui trouverait quelque intérêt à retenir les pièces au delà des délais fixés, un moyen de prolonger, au préjudice de la partie adverse, le retard qu'il aurait déjà mis à les rétablir (1).

[[Voir nos observations à la note.]]

ART. 108. Il sera tenu au greffe un registre sur lequel seront portées toutes les productions, suivant leur ordre de dates; ce registre, divisé en colonnes, contiendra la date de la production, les noms des parties, de leurs avoués, et du rapporteur; il sera laissé une colonne en blanc.

Arrêt du Parlement de Paris du 3 septembre 1667. — Question sur l'article suivant.

---

(1) Mais ce que nous disons ici ne nous paraît devoir s'appliquer qu'au cas où l'avoué a été condamné sur sommation de venir plaider, conformément aux deux premieres dispositions de l'art. 107, et non à celui où le jugement aurait été obtenu sur mémoire de la partie, d'après la troisième disposition du même article. La raison en est qu'ayant été sommé à l'effet de faire valoir ses moyens, l'avoué doit s'imputer la faute de ne pas s'être présenté; dans l'autre cas, au contraire, où l'avoué n'a pas été appelé, il ne semble pas juste de lui refuser la voie d'opposition. (DEMIAU-CROUZILHAC, p. 95.)

[M. BONCENNE, t. 2, p. 342, n'hésite pas à dénier, dans tous les cas, la voie de l'opposition à l'avoué défaillant; c'est une conséquence, dit-il, du système d'accélération que la loi a voulu mettre dans toute cette procédure. D'ailleurs, ajoute cet auteur, peut-on raisonnablement supposer que l'avoué a ignoré les poursuites dirigées contre lui? Sa contumace ne demeure-t-elle pas comme une nouvelle insulte à la loi?

Nous pensons, au contraire, avec MM. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 260, FAVARD DE LANGLADE, t. 3, p. 89; DALLOZ, t. 9, p. 527, n° 35, et THOMINE-DESMAZURES, t. 1, p. 218, que l'avoué a toujours le droit de former opposition à la sentence intervenue contre lui par défaut. Quoiqu'il soit présumable que les poursuites sont venues à sa connaissance, le contraire est néanmoins possible; une accélération, qui, dans ce cas, serait une injustice, ne saurait être dans l'esprit de la loi. Si l'appel est interdit, c'est, comme nous l'avons dit, tout à l'heure, que le tribunal où la cause est pendante et où l'avoué postule doit être l'unique juge. Mais n'est-il pas de principe, fondé sur le droit naturel, et consacré par un avis du conseil d'État du 16 février 1806 (*S.*, t. 6, 2e part., p. 106), et par un arrêt de la Cour de Cassat. du 19 avril 1817, (*J.Av.*, t. 15, p. 403), qu'il suffit que l'opposition ne soit pas expressément défendue pour qu'on ne puisse la refuser au défaillant quel qu'il soit? Ce n'est pas ici le cas d'appliquer notre doctrine sur la *Quest.* 378.]

ART. 109. Lorsque toutes les parties auront produit, ou après l'expiration des délais ci-dessus fixés, le greffier, sur la réquisition de la partie la plus diligente remettra les pièces au rapporteur, qui s'en chargera, en signant sur la colonne laissée en blanc au registre des productions.

Tarif, 90.—[Notre comm. du Tarif, t. 1, p. 185, nos 59 et 60.]—Code de Proc., art. 114.—[Notre Dict. gén. de Proc., vo *Délibéré*, no 29.—Armand Dalloz, vo *Instruction par écrit*, no 90 à 92. — QUESTION TRAITÉE : La réquisition que la partie la plus diligente doit faire au greffier de remettre les pièces au rapporteur, doit-elle être constatée par un acte? *Q.* 474.]

474 *La réquisition que la partie la plus diligente doit faire au greffier de remettre les pièces au rapporteur doit-elle être constatée par un acte?*

On ne voit pas, dit M. DELAPORTE, t. 1, p. 121, quelle serait l'utilité de cet acte; la réquisition verbale doit suffire, car le greffier n'a pas d'intérêt à la refuser.

Le tribun Faure s'expliquait ainsi, dans son rapport sur le présent titre : « A l'égard de l'observation des délais de l'instruction, chaque partie est intéressée à réclamer l'exécution des lois, *et à demander jugement, aussitôt que les délais sont expirés : si aucune ne le demande, on ne doit s'en prendre ni à la loi ni aux juges.* » Le législateur a donc entendu laisser aux parties le soin de hâter la fin de l'instruction et la prononciation du jugement : s'il exige une réquisition de la partie la plus diligente, pour la remise des pièces au rapporteur, il s'ensuit qu'il n'a point entendu autoriser le greffier à effectuer cette remise de lui-même. Il faut donc qu'il soit constaté qu'une réquisition lui a été faite. Par ces motifs, nous adoptons l'opinion de M. DEMIAU-CROUZILHAC, qui dit, p. 96, que cette réquisition se fait sur le registre des produits, à la colonne laissée en blanc.

[[Les raisons données par M. Carré prouvent bien qu'une réquisition *écrite* doit être adressée au greffier. Mais, quoique M. BONCENNE, t. 2, p. 352, enseigne, comme lui, qu'elle doit être sur la colonne du registre laissée en blanc, nous pensons, au contraire, avec M. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 260; FAVARD DE LANGLADE, t. 3, p. 89, no 9, et DALLOZ, t. 9, p. 527, no 36, que cette réquisition doit être faite par acte séparé, la colonne en blanc étant uniquement destinée par la loi à recevoir la signature du rapporteur, ainsi que cela résulte de la combinaison des art. 108, 109 et 115. Cette réquisition devra être faite, selon nous, par un simple acte d'avoué à avoué.]]

ART. 110. Si le rapporteur décède, se démet, ou ne peut faire le rapport, il en sera commis un autre, sur requête, par ordonnance du président, signifiée à partie ou à son avoué, trois jours au moins avant le rapport.

T. 70, 76. — [Notre Comm. du Tarif, t. 1, p. 184, nos 56 à 58.] — *Infrà* sur l'art. 668. — Armand Dalloz, vo *Inst. par écrit*, no 93.— Carré, *Compétence*, 2e part., liv. III, tit. 3, chap. 2, art. 359, *Q.* 464, éd. in-8o, t. 6, p. 429.]

LXXIX. Le motif de la signification à partie, prescrite par cette disposition, est fondé sur ce qu'il est nécessaire qu'elle connaisse d'avance le rapporteur, soit pour pouvoir le récuser, en cas qu'elle croie en avoir le droit, soit, si elle ne l'a pas, pour communiquer avec lui au sujet de la cause.

ART. 111. Tous rapports, même sur délibérés, seront faits à l'au-

dience; le rapporteur résumera le fait et les moyens sans ouvrir son avis : les défenseurs n'auront, sous aucun prétexte, la parole après le rapport; ils pourront seulement remettre sur-le-champ au président de simples-notes énonciatives des faits sur lesquels ils prétendraient que le rapport a été incomplet ou inexact.

[Notre Comm. du Tarif, t. 1, p. 185 et 186, n°s 61 à 65.]— Code de proc., art. 93, 95. — *Infrà*, article 141, et les art. 666, 668, 762, 763. — [Notre Dict. gén. de proc., vis *Délibéré*, n°s 14, 30, 36 à 41, 44 à 46, 51 à 53; *Exceptions*, n° 261; *Jugement*, n° 87; Ministère public, n° 60. — Armand Dalloz, v° *Inst. par écrit*, n°s 36 à 44.—Carré, *Compétence*, 2e part., liv. 1er, tit. 1er, art. 90, n° LVII, à la note, éd. in-8°, t. 2, p. 243. — Locré, t. 21, p. 266, n° 9, et p. 419, n° 69. — QUESTIONS TRANSITOIRES: Le jugement qui interviendrait sur rapport serait-il nul si ce rapport n'avait pas été fait à l'audience? *Q.* 475 — Faut-il donner avenir à l'audience où le rapport doit se faire? *Q.* 476. — Est-il des affaires dans lesquelles les dispositions de l'art. 111 ne doivent pas être appliquées? *Q.* 477. — L'article 111 doit-il recevoir son application dans l'espèce de l'art. 668 ou de l'art. 762? *Q.* 478. — Si un juge n'a pas assisté aux audiences qui ont précédé le rapport, et que les plaidoiries n'aient pas été recommencées, l'arrêt est-il nul? *Q.* 479.]

LXXX. Le législateur, par cette disposition, a fait disparaître pour jamais l'abus qui existait autrefois, dans la possibilité qu'avaient les parties de recommencer à plaider, lorsqu'il ne s'agissait plus que de juger. (*Rapp. au Corps législatif.*)

475. *Le jugement qui interviendrait sur rapport serait-il nul si ce rapport n'avait pas été fait à l'audience?*

Avant la publication du Code de procédure, dit M. MERLIN, dans son *Nouveau Répertoire*, au mot *délibéré*, t. 3, p. 417, et depuis que la loi du 24 août 1790 avait mis en principe qu'en toute matière les rapports devaient être publics, on jugeait constamment que la contravention à cette règle emportait nullité. L'auteur cite à cet effet, à l'appui de cette assertion, plusieurs arrêts, l'un dans le *Répertoire*, les autres dans son *Recueil des Questions de Droit.* (*V.* ce *Recueil*, au mot *Rapport*, t. 4, p. 264.)

[[Ce sont les arrêts des 29 messidor an II (*J. Av.*, t. 16, p. 751); 11 thermidor an IX, et 13 mai 1806 (*J. Av.*, t. 9, p. 10).]]

Ces mots, *avant la publication du Code de procédure*, donnent à croire que M. Merlin, appliquant à l'art. 111 les dispositions de l'art. 1030, estime que la jurisprudence antérieure de la Cour de cassation ne doit plus être suivie, attendu que l'art. 111 ne porte point la peine de nullité.

Mais le contraire nous paraît devoir résulter du motif de l'art. 111, qui est de mettre les défenseurs en état de remettre des notes au président, si le rapport ne leur paraît pas exact. L'instruction est tronquée et illégale, si le jugement est précipité, si l'on prive les défenseurs de cette faculté, et du droit de surveiller le rapport. (*V.* les *Questions* sur l'art. 1030.)

Au reste, c'est aux juges à prévenir toute contestation sur la question ci-dessus posée, en se conformant rigoureusement à la loi, et en mentionnant dans le jugement qu'ils l'ont effectivement observée (1).

---

(1) Nous appuierons ici notre opinion, 1° d'un arrêt de la Cour de Rennes du 17 mai 1811, 2e chambre (*J. Av.*, t. 9, p. 18), qui a déclaré irrégulier et nul un jugement par lequel il avait été ordonné aux parties de déposer leurs pièces sur le bureau, *sans nommer un rapporteur qui eût fait son rapport en audience publique;* condition essentielle pour la validité de ce jugement (V. *suprà*, p. 236, note 2); 2° d'un arrêt de la Cour de cassation, du 25 avril 1808 (*J. Av.*, t. 9, p. 13), rapporté sur la *Quest.* 477.

[Ce dernier arrêt applique sa décision aux matières d'enregistrement, sur lesquelles le

[[Cette opinion est partagée, avec raison, par MM. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 262; FAVARD DE LANGLADE, t. 3, p. 89, et THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 221, et consacrée, sous le Code, par un arrêt de la Cour de cassation du 27 février 1822 (*J. Av.*, t. 9, p. 27).

On doit décider, par le même motif, que, si le rapport a été fixé à certain jour, et que plus tard ce jour soit changé sans avertissement nouveau, il y a nullité du jugement; car les parties ont été privées de la faculté d'y assister, comme s'il n'avait pas été public. Ainsi l'a jugé, le 3 janvier 1817 (*S.*, t. 17, 1re partie, p. 379, et *J. Av.*, t. 9, p. 25), la Cour de cassation, dont M. Pigeau, *ubi suprà*, approuve la doctrine

Au reste, un rapport est censé fait publiquement, lorsque le jugement porte qu'il a été fait à l'audience; Bruxelles, 3 décembre 1829 (*Journ.* de cette Cour, t. 1 de 1830, p. 57).

Et l'on sent que les dispositions de l'art. 111 ne sont rigoureusement applicables qu'au cas où la loi exige un rapport. La Cour qui aurait nommé un rapporteur dans une cause où ce n'était pas nécessaire, peut juger sans entendre le rapport; du moins cette omission qui, à la vérité, offrirait une contradiction peu convenable à la dignité des magistrats, ne vicierait pas leur décision, d'après ce qu'a jugé la Cour de cassation, le 10 août 1829 (*J. Av.*, t. 37, p. 150).]] **Supp. alph.**, v° *Délibéré*, n. 23 et 24.

476. *Faut-il donner avenir à l'audience où le rapport doit se faire?*

Il faut répondre que non, dit M. DELAPORTE, t. 1, p. 122; les parties et les défenseurs ont le droit d'y assister, mais leur présence n'est pas nécessaire: il est donc inutile de les appeler. Nul doute que cette opinion ne doive être suivie pour les rapports sur délibéré, l'art. 93 portant que le jugement indiquera le jour auquel le rapport sera fait. Or, l'art. 70 du Tarif porte que les avoués seront tenus de se présenter au *jour indiqué* par les jugements préparatoires ou de remise, sans qu'il soit besoin d'aucune sommation. Mais l'art. 95 ne porte point que le jugement préparatoire, qui ordonne l'instruction par écrit, indiquera le jour du rapport; et de ce silence on pourrait conclure qu'une sommation serait autorisée de la part de l'avoué le plus diligent. Cependant, les raisons données par M. Delaporte nous paraissent devoir l'emporter sur cette considération. Aucune des parties n'a intérêt à ce que l'autre soit présente au rapport; aucune ne peut tirer avantage du défaut de présence de son adversaire, puisque la loi interdit toute plaidoirie sur ce rapport, et conséquemment nulle sommation n'est utile pour constituer l'une l'elles en demeure d'y assister. C'est à chacune à demander au rapporteur, ou à s'informer au greffe quel sera le jour où il fera son rapport, et à s'y trouver, si bon lui semble, afin de profiter, s'il y a lieu, de la faculté que la loi lui donne de remettre des notes sommaires.

[[C'est aussi l'opinion de M. THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 222. Il nous semble, au contraire, qu'en matière de rapport sur instruction par écrit, l'avenir est indispensable; le demandeur doit mettre la procédure en règle. S'il ne le fait pas, le défendeur, qui a le droit d'assister au rapport, pourra se plaindre de n'avoir pas été averti, comme il se plaindrait si le rapport n'avait pas été

---

rapport doit aussi être fait à l'audience; on peut y joindre ceux de la Cour de cassation du 5 mars 1822 (*J. Av.*, t. 24, p. 72); 2 juin 1823 (*J. Av.*, t. 25, p. 187), et 5 mai 1824 (*J. Av.*, t. 27, p. 201); 24 août 1835 (*J. Av.*, t. 50, p. 313); Bruxelles, 11 février 1829 (*J.* de cette année 1820, t. 1, p. 26), et les nombreux arrêts rapportés et indiqués au *J. Av.*, t. 9, p. 13, n° 4.]

fait publiquement : ces deux positions nous semblent identiques. (*V.* notre *Comm. du Tarif*, t. 1, p. 185, n° 61, et la question précédente.)]]

477. *Est-il des affaires dans lesquelles les dispositions de l'art.* 111 *ne doivent pas être appliquées?*

Oui, et ce sont celles qui ont pour objet les droits d'enregistrement, parce qu'aux termes de l'art. 65 de la loi du 22 frimaire an VII, et de l'art. 17 de la loi du 27 ventôse an IX, toute contestation de cette nature doit être jugée sur simple mémoire à la chambre du conseil. Le conseil d'État a décidé d'ailleurs, par un avis du 1er juin 1807, que le Code de procédure n'était pas applicable aux affaires de la régie, ni à toutes autres pour lesquelles il aurait été fait, par une loi spéciale, exception aux lois générales.

Il en est de même des matières domaniales; elles doivent être jugées contradictoirement avec le procureur du roi et sur plaidoirie (1). (Cass., 16 juin 1807, *S.*, t. 7, 1re part., p. 108, *J. A.*, t. 9, p. 15.)

[[La décision de M. Carré ne regarde que celle des dispositions de l'article 111 que les lois particulières sur l'enregistrement ne reproduisent pas; mais on vient de voir, à la note de la *Quest.* 475, que plusieurs leur sont communes, notamment celles qui concernent le rapport et sa publicité.]] **Supp. alph.**, v° *Délibéré*, n. 26.

478. *L'art.* 111 *doit-il recevoir son application dans l'espèce de l'art.* 668, [[*ou de l'art.* 762?]] En d'autres termes : *Les parties peuvent-elles plaider, ou n'ont-elles que la faculté de remettre de simples notes, après le rapport du juge commis à une distribution par contribution,* [[*ou à la confection d'un ordre?*]]

La Cour d'appel de Rennes, par arrêt du 5 décembre 1810 (*J. Av.*, t. 9, p. 16), a décidé qu'on ne pouvait interdire la plaidoirie après un tel rapport, parce que l'art. 111 n'était applicable qu'aux matières ordinaires, dans lesquelles les parties ont eu, avant le rapport du juge, la faculté d'epuiser, tant par écrit qu'à l'audience, tous les moyens d'éclairer le tribunal.

Cette décision est conforme à la justice et à la loi.

En matière de saisie mobilière, le Code a posé des règles qui tracent une forme particulière. Or, dans les art. 666 et 668, le législateur, en renvoyant les parties à l'audience, pour leur être fait droit sur le rapport du juge-commissaire, n'a pas exprimé la volonté de les priver du droit de se faire entendre dans des discussions importantes par leur nature; et dès qu'il n'existe pas, dans l'espèce, de disposition précise et positive, qui leur interdise le droit naturel de défense dans toute sa latitude, il ne peut appartenir aux tribunaux de le modifier ou de le restreindre.

[[Par la même raison, on doit décider de même en matière d'ordre, de règlement de compte, etc., et généralement dans tous les cas où le rapport n'est pas la suite de plaidoiries déjà faites ou d'une instruction par écrit; car

---

(1) Par arrêts des 25 avril 1808, et 1er juin 1814 (*S.*, t. 15, p. 237, et *J. Av.*, nouv. édit., t. 9, v° *Délibéré*, n° 4), la Cour de cassation a décidé qu'il était nécessaire, à peine de nullité, que les jugements rendus en matière d'enregistrement énonçassent qu'ils ont été précédés du rapport du juge. On ne peut suppléer cette formalité, porte le premier de ces arrêts, par des attestations extrajudiciaires du président du tribunal. Cette décision vient évidemment, par une juste analogie, à l'appui de la solution donnée sur la question 475, (*V.* la note, et, *infrà*, sur l'art. 138.)

[Elle est confirmée par tous les arrêts rapportés à la note sous cette question.]

on ne peut priver les parties du droit de défense. Cet inconvénient n'a pas lieu en matière de rapport sur délibéré ou sur instruction par écrit, puisque les défenses ont été déjà fournies.

Notre opinion sur ce point est partagée par M. THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 223 ; elle a été consacrée par la Cour de cassation, le 21 avril 1830 (*J. Av.*, t. 39, p. 172). *V.* la *Quest.* 2581.]]

479 *Si un juge n'a pas assisté aux audiences qui ont précédé le rapport, et que les plaidoiries n'aient pas été recommencées, l'arrêt est-il nul ?*

L'arrêt est nul, d'après les art. 7 et 10 de la loi du 20 avril 1810 (Cass., 2 janvier, 24 avril 1816; *S.*, t. 16, 1re partie, p. 431, et t. 17, p. 191; *J. Av.*, t. 9, p. 22.)

Mais il est à remarquer que cette décision a été rendue dans une espèce où les plaidoiries avaient eu lieu avant le rapport, et n'avaient pas été recommencées. Si, au contraire, elles l'eussent été devant le juge qui n'eût pas assisté d'abord, l'arrêt eût été valable. (Cass., 25 janvier 1815; 14 mars 1816, et 1er février 1820; *S.*, t. 17, p. 137, et t. 16, p. 432, et *J. Av.*, t. 9, p. 23.) (1)

[[La nullité du jugement rendu par d'autres juges que par ceux qui avaient ordonné le délibéré, sans que de nouvelles conclusions aient été prises devant eux avant le rapport, ou par ceux qui n'ont pas assisté au rapport et aux conclusions du ministère public, est encore prononcée par arrêts de la Cour de cassation, des 5 mars 1834 (*J. Av.*, t. 46, p. 305), et 23 juin 1834 (*J. Av.*, t. 47, p. 628).

De nouveaux juges peuvent néanmoins participer au jugement, si l'affaire a été replaidée; Cass., 7 janvier 1817 (*J. Av.*, t. 16, p. 700). *V.* notre *Quest.* 486 *bis*.

Il est incontestable que si un rapporteur a été nommé, et que la cause soit renvoyée après les vacances, le juge-rapporteur, attaché à une autre Chambre par suite du roulement, doit revenir à celle qui l'a commis pour faire son rapport. Ainsi le veut la loi ; ainsi l'a jugé la Cour de cassation, le 20 janvier 1829 (*J. Av.*, t. 36, p. 259).

Mais ce qui est plus grave, c'est la question de savoir si tous les magistrats de cette Chambre, disséminés dans les autres Chambres, doivent se réunir extraordinairement pour prononcer l'arrêt.

Le 13 décembre 1824, la Cour d'Amiens (*J. Av.*, t. 29, p. 93), a décidé l'affirmative en se fondant sur ce qu'il y avait droit acquis pour les parties.

La Cour d'Orléans, au contraire, le 21 décembre 1826 (*Gazette des Tribunaux* du 6 janvier 1827), a décidé que les membres sortis de la Chambre étaient frappés d'une incapacité légale pour connaître des affaires qui n'avaient pas encore été jugées avant le roulement.

La Cour d'Orléans s'est fondée sur ce que la loi du 6 juillet 1810, art. 6 et 16, dispose seulement que les conseillers-rapporteurs pourront, après le roulement, assister aux audiences de la Chambre nouvelle, à l'effet d'y faire le rapport dont ils avaient été chargés.

Cependant, la Cour de cassation, dans deux arrêts des 1er juillet et 18 août 1818 (*J. Av.*, t. 4, p. 767, et t. 10, p. 571), a consacré formellement la doctrine de la Cour d'Amiens. Il aurait fallu, a dit la Cour suprême, que la loi défendît

---

(1) Ces décisions sont évidemment applicables aux jugements rendus par les tribunaux de première instance; car, dit le premier arrêt, c'est un principe sacré et reconnu par toutes les législations, qu'un juge vicie le jugement à la formation duquel il prend part sans avoir entendu toute la défense des parties.

le rapprochement des conseillers qui s'étaient séparés au moment de juger, pour qu'il ne fût pas convenable et licite.

Sans nous dissimuler tout ce que présente de difficile la solution de cette question, nous croyons devoir adopter cette dernière opinion, qui repose sur des raisons d'équité et de bonne expédition des affaires, raisons qu'on ne peut pas méconnaître. (*V.* notre *Quest.* 486 *bis.*)

On sent que la question ne peut se présenter à l'égard du jugement rendu sur l'instruction par écrit; peu importe que les juges qui y participent n'aient point assisté à la décision qui l'a ordonnée, puisque, par l'effet de cette instruction même, toute la cause est remise sous leurs yeux, pourvu que les conclusions soient transcrites dans les écrits signifiés. (*V.* notre *Quest.* 486 *bis.*)

Il en est de même des jugements définitifs rendus après interlocutoire, comme il a été jugé par la Cour de Rennes, le 10 novembre 1807 (*J. Av.*, t. 15, p. 74); par la Cour de cassation, le 18 avril 1810 (*J. Av.*, t. 15, p. 86); le 25 janvier 1815 (*J. Av.*, t. 15, p. 114), et le 19 novembre 1818 (*J. Av.*, t. 15, p. 138.) (*V.* la même *Quest.* 486 *bis.*)]] **Supp. alph.**, v° *Délibéré*, n. 28.

ART. 112. Si la cause est susceptible de communication, le procureur du roi sera entendu en ses conclusions à l'audience (1).

Code de proc., art. 83. — Règlement du 30 mars 1808, art. 84, 85, 87. — [QUESTION TRAITÉE: Par qui se fait, au ministère public, la communication des productions ? Q 480.]

LXXXI. Sous l'ancien droit, quand le ministère public était intéressé dans une affaire appointée, il donnait ses conclusions par écrit, parce que le rapport de l'appointement se faisait à la Chambre du conseil; aujourd'hui, dans toutes les causes qui s'entament et se terminent à l'audience, il doit prendre des conclusions orales (2).

[[C'est ce que pensent aussi MM. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 263, et BONCENNE, t. 2, p. 350.]]

480. *Par qui se fait, au ministère public, la communication des productions ?*

Il importe peu, dit M. DELAPORTE, t. 1, p. 122, que ce soit par la voie du greffe ou par les mains du rapporteur; il est néanmoins plus régulier que ce soit par le greffier; cela est même plus sûr pour la conservation des pièces. Mais puisque, d'après l'art. 114, le rapporteur ne remet les pièces au greffe qu'après le jugement, il semble naturel que ce soit lui qui communique au ministère public. Au surplus, les deux voies de communication sont également autorisées, ainsi qu'il résulte des art. 85 et 86 du règlement du 30 mars 1808.

[[On trouve la même observation, qui est juste, dans M. FAVARD DE LANGLADE, t. 3, p. 89.]]

ART. 113. Les jugements rendus sur les pièces de l'une des parties, faute par l'autre d'avoir produit, ne seront point susceptibles d'opposition.

---

(1) [Le jugement doit, à peine de nullité, faire mention que les conclusions du ministère public, ont été ouïes *publiquement;* Cass., 27 mars 1822 (*J. Av.*, t. 24, p. 95).]

(2) Même lorsqu'il sagit de causes qui intéresseraient la régie de l'enregistrement. — (*Cassat.*, 14 mars 1821, *S.*, t. 21, p. 233, et t. 22, p. 12, et *J. Av.*, t. 23, p. 87.)

Tarif 85. — Ordonn. de 1667, tit. II, art. 19, et tit. 35, art. 3. — Code de procéd., art. 1016. — [Notre Dict. gén. de proc., v° *Délibéré*, n° 54. — Arm. Dalloz, v° *Inst. par écrit*, n° 102. — Carré, *Compétence*, 2e part., liv. III, tit. 1er, art. 313, n° CCIII, éd. in-8°, t. 5, p. 422. — QUESTIONS TRAITÉES : La disposition de cet article s'étend-elle au jugement rendu contre une partie sur défaut de laquelle l'instruction par écrit aurait été ordonnée? *Q.* 481.— Mais, si l'opposition est recevable de la part des défaillants qui n'ont point comparu lors du jugement qui a ordonné l'instruction par écrit, l'est-elle également dans le cas où, de plusieurs défendeurs, les uns auraient comparu, et les autres auraient laissé défaut? *Q.* 482. — L'art. 113 est-il applicable aux instances relatives à des matières d'enregistrement? *Q.* 482 *bis*.]

481. *La disposition de cet article s'étend-elle au jugement rendu contre une partie sur défaut de laquelle l'instruction par écrit aurait été ordonnée?*

M. DELAPORTE, t. 1, p. 123, estime que l'application de l'art. 113 doit avoir lieu à l'égard de toutes les parties, même de celles qui n'auraient pas comparu et n'auraient point constitué avoué.

Nous croyons, au contraire, que l'on ne peut étendre cet article au delà du cas qu'il exprime, et qui est celui où le jugement est rendu sur les pièces de l'une des parties, faute par l'autre *d'avoir produit*. On pensera plutôt que sa disposition suppose que l'instruction par écrit a été ordonnée contradictoirement; et c'est par ce motif que l'opposition au jugement qui intervient sur la production d'une seule des parties, n'est pas admise. En effet, comme le remarque M. LEPAGE, dans ses *Questions*, t. 1, p. 129, l'opposition n'a lieu que contre les jugements par défaut; or, une partie avec laquelle l'instruction par écrit a été ordonnée contradictoirement n'est pas défaillante : si elle ne produit pas, c'est qu'elle consent à être jugée sur la production de son adversaire.

Mais ce consentement ne peut être présumé de la part de celui qui n'a point comparu, et le jugement rendu contre lui ne peut être considéré que comme un jugement par défaut, contre lequel l'opposition est ouverte, suivant les art. 156 et suivants, qui forment le droit commun, et qu'on ne pourrait se dispenser d'appliquer, qu'autant qu'il existerait une disposition expresse et formelle qui y eût dérogé. Tel est aussi le sentiment de M. Merlin, fondé sur plusieurs arrêts. (V. *Nouv. Rép.*, aux mots *Opposition à un jugement*, § 3, art. 1er, t. 8, p. 704.)

[[S'il était vrai, comme le décide M. Carré, sous la note de la *Quest.* 448, qu'une instruction par écrit ne pût être ordonnée sur un premier défaut, la question actuelle serait sans portée. Dans l'opinion contraire, que nous avons préférée, cette question 481 nous paraît bien résolue.]]

482. *Mais, si l'opposition est recevable de la part des défaillants qui n'ont point comparu lors du jugement qui a ordonné l'instruction par écrit, l'est-elle également dans le cas où, de plusieurs défendeurs, les uns auraient comparu, et les autres auraient laissé défaut?*

Pour résoudre cette question, il faut remarquer que l'art. 153, prévoyant le cas où il y a plusieurs défendeurs, dont les uns comparaissent et les autres laissent défaut, dit expressément qu'un premier jugement donnera seulement défaut contre le non-comparant, et joindra le profit au fond, c'est-à-dire ne prononcera sur le défaut qu'en jugeant le fond qui est remis à un autre jour; que, pendant l'intervalle, ce jugement est signifié au défaillant, avec nouvelle assignation, et qu'enfin, s'il ne comparaît pas au jour indiqué, ce qui est jugé postérieurement est un second défaut, qui n'est pas susceptible d'opposition.

Que doit donc faire un tribunal, lorsque le cas prévu par l'art. 153 se présente, et qu'il y a lieu d'ordonner une instruction par écrit? Nous pensons

qu'il doit commencer par donner défaut contre les non comparants, prononcer en même temps la jonction du profit au fond, de manière que ce ne soit qu'après la signification de ce défaut et l'assignation à comparaître au jour indiqué, qu'il ordonne l'instruction par écrit. Son jugement, à cet égard, ne sera pas susceptible d'opposition, conformément à l'art. 153, et à plus forte raison, le jugement ultérieur qui prononcerait sur la seule production du comparant, car ce jugement serait un second défaut. (V. *Questions* de LEPAGE, t. 1, p. 129.)

[[Cette solution est approuvée par MM. FAVARD DE LANGLADE, t. 3, p. 87, n° 2, et DALLOZ, t. 9, p. 527, n° 37, et nous y adhérons. (*V.* notre *Quest.* 632 *ter.*)]]

[[482 bis. *L'art.* 113 *est-il applicable aux instances relatives à des matières d'enregistrement ?*

Non : car la présomption de l'art. 113 est fondée sur ce que la partie ne peut ignorer la situation d'un procès auquel elle prend part depuis si longtemps; qu'elle a eu, pour en être instruite, une multitude d'occasions, le jugement qui en a ordonné l'instruction, la signification de ce jugement, etc.; que si, après cela, elle néglige de produire, on ne peut l'attribuer à un défaut de citation suffisante, mais plutôt à son consentement d'être jugée sur les pièces de son adversaire.

Au contraire, en matière d'enregistrement, l'instruction par écrit étant ordonnée directement par la loi et sans jugement préalable, la partie qui ne produit pas doit être assimilée à celle qui ne comparaîtrait pas à l'audience sur une citation en matière ordinaire. Elle serait donc censée n'avoir pas été avertie, et, par conséquent, en vertu des principes du droit commun, admise à former opposition.

Ainsi l'enseigne M. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 264; ainsi l'a jugé la Cour de cassation le 17 juillet 1811 (*S.*, t. 11, 2e partie, p. 363, et *J. Av.*, t. 9, p. 20, 2e esp.), et le 4 mars 1807 (*J. Av.*, t. 9, p. 19).]]

ART. 114. Après le jugement, le rapporteur remettra les pièces au greffe; et il en sera déchargé par la seule radiation de sa signature sur le registre des productions.

[Notre Comm. du Tarif, t. 1. p. 186, n° 66.] — Code de proc., art. 108, 109; nos *Quest.* sur l'article 126. [Notre Dict. gén. de proc., v° *Délibéré*, n° 55.—Arm. Dalloz, v° *Inst. par écrit*, n° 96 à 98. QUESTION TRAITÉE : Combien de temps dure la responsabilité du rapporteur, s'il a omis de rayer sa signature sur le registre des productions, ou négligé de remettre les pièces ? Quelle voie serait ouverte contre lui, s'il refusait de les remettre ? *Q.* 483.]

483. *Combien de temps dure la responsabilité du rapporteur, s'il a omis de rayer sa signature sur le registre des productions, ou négligé de remettre les pièces?* [[*Quelle voie serait ouverte contre lui, s'il refusait de les remettre ?*]]

Le Code de procédure ne s'explique point à ce sujet. Un arrêt du parlement de Paris, cité par M. DELAPORTE, t. 1, p. 123, portait que les conseillers chargés des sacs auraient décharge, ainsi que leurs veuves et héritiers, après trois années, mais en affirmant par serment qu'ils ne les avaient pas, et ne savaient où ils étaient. « Il paraît, ajoute M. Delaporte, que cet arrêt était tombé en « désuétude, le dernier état de la jurisprudence étant de faire durer la responsabilité pendant cinq ans pour les pièces des procès jugés, et pendant « dix ans pour celles des procès non jugés. » Dans le silence de la loi, M. Delaporte conseille de se conformer à l'usage, qui, dit-il, n'est point abrogé. Nous ferons observer que cet usage a été consacré en partie par l'art. 2276 du Code

civil, portant que les juges et avoués sont déchargés des pièces cinq ans après le jugement des procès.

Mais, cet article n'ayant rien décidé pour les procès indécis, l'action de la partie contre le juge rapporteur naissant de la signature apposée par lui sur le registre durera, dit M. de MALEVILLE, t. 4, p. 404, trente ans, conformément à l'art. 2262 du même Code. La raison en est que l'art. 7 de la loi du 30 ventôse an XII, a abrogé les anciennes dispositions sur les matières qui sont l'objet de ce Code. D'autres pensent que, la loi prononçant la décharge du rapporteur après cinq ans depuis le jugement, on doit considérer la péremption de l'instance comme équivalant à une décision du juge, puisqu'elle éteint la procédure, et l'action même, s'il s'agit d'une instance d'appel; qu'en conséquence, le rapporteur est déchargé après les cinq ans qui suivent le délai fixé pour la péremption.

Nous croyons l'opinion de M. de Maleville plus sûre : en matière de prescription, il convient moins qu'en tout autre de raisonner par induction. Cette opinion de M. de Maleville est aussi celle des auteurs du Commentaire inséré aux *Annales du Notariat*. (*V.* le t. 1 de ce Commentaire, p. 228.)

[[C'est aussi, et avec raison, l'avis de MM. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 266; FAVARD DE LANGLADE, t. 3, p. 89, n° 11; DALLOZ, t. 9, p. 527, n° 38, et THOMINE DESMAZURES. t. 1, p. 225. L'expiration du délai de la péremption ne pourrait servir de point de départ à la prescription de cinq ans, puisqu'aux termes de l'art. 399 du Code de procédure civile, elle n'a pas lieu de plein droit. Mais si elle avait été prononcée par jugement, nous pensons, avec M. Thomine Desmazures, *ubi suprà*, que son effet, comme celui d'un jugement sur le fond, serait de restreindre la responsabilité du rapporteur à une durée de cinq ans.

Quant au moyen de coercition contre le rapporteur qui ne rendrait pas les pièces, il n'est autre, d'après M. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 265-266, et M. DALLOZ, t. 9, p. 527, n° 38, que la prise à partie, s'il y a fraude de sa part, ou l'action directe en dommages-intérêts fondée sur l'art. 1382 C. c., lorsqu'il s'agit d'une simple faute ou négligence.]]

ART. 115. Les avoués, en retirant leurs pièces, émargeront le registre; cet émargement servira de décharge au greffier.

Tarif, 70, 73, 74, 90, 91. — [Notre Comm. du Tarif, t. 1, p. 186, n°s 66 à 68.] — Code de proc., article 103 à 108, 114. — [Notre Dict. gén de proc., v° *Délibéré*, n° 56. — Arm. Dalloz, v° *Inst. par écrit*, n° 99 à 101. — QUESTION TRAITÉE : Quel est l'avoué qui doit sommer ses confrères de se présenter pour retirer les pièces? S'il s'élève des contestations sur ce retrait, qui les jugera? *Q.* 484.]

484. *Quel est l'avoué qui doit sommer ses confrères de se présenter pour retirer les pièces?* [[*S'il s'élève des contestations sur ce retrait, qui les jugera?*]]

C'est l'avoué le plus diligent. Une seule sommation est autorisée; en sorte que toutes celles qui seraient postérieures à cette première seraient rejetées de la taxe, conformément à l'art. 1031. (V. *Tarif*, art. 70, § 7, et DEMIAU-CROUZILHAC, p. 99.)

[[Cet article du Tarif confirme l'opinion émise par MM. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 167; FAVARD DE LANGLADE, t. 3, p. 89; DALLOZ, t. 9, p. 527, n° 39; THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 225, et BONCENNE, t. 2, p. 353, que le retrait des pièces ne peut être fait par les avoués que contradictoirement, en présence les uns des autres. On a voulu prévenir les inconvénients et les contestations que les remises isolées auraient pu faire naître.

Néanmoins comme, malgré cette précaution, de pareilles contestations peuvent encore avoir lieu, M. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 267, se demande comment elles seront jugées. Il fait à cet égard une distinction qui nous paraît

juste. S'il s'agit d'une simple mesure réglementaire, qui soit la conséquence et l'exécution du jugement, il y sera statué en référé; mais, s'il s'élevait une question de propriété de pièces, elle devrait être jugée par le tribunal précédemment saisi du fond, et sur un simple acte, le pouvoir des avoués se prorogeant virtuellement jusqu'au moment où les pièces sont définitivement retirées. Cet incident ne donnerait lieu à aucun supplément d'instruction écrite, il y serait statué sur de simples conclusions suivies de plaidoiries a l'audience.]]

TITRE VII.

Des Jugements.

On entend en général, par le mot *jugement*, toute décision émanée d'une autorité judiciaire; c'est, sous ce rapport, un terme générique, qui comprend toutes les espèces de décisions qui se donnent dans les procès.

Autrefois on appelait particulièrement *sentences* celles des juges inférieurs qui étaient sujettes à l'appel: les décisions en dernier ressort retenaient le nom de *jugements;* celles des Cours souveraines étaient nommées *arrêts.*

Dans l'usage actuel, les décisions des juges inférieurs portent toujours le nom de *jugement*, soit qu'elles aient été rendues à charge d'appel, soit qu'elles l'aient été en dernier ressort. Celles des Cours souveraines ont conservé leur ancienne qualification d'*arrêts*, tirée, suivant quelques auteurs, de ce que l'autorité des Cours *arrête*, finit et termine les différends qui s'élèvent entre les citoyens.

On appelle *ordonnance* la décision ou l'ordre que donne le juge seul, soit au bas d'une requête, soit à la suite d'un procès-verbal, soit dans tout autre cas déterminé par la loi. (Art. 199, 221, 297, 259, 260, 263, 264, 327, 530, 659, 752, 808, 809, 819, 822, 826, 969, 976, 1020.)

Les jugements, en prenant le mot dans son acception générale, reçoivent différentes qualifications, selon leur objet et les circonstances dans lesquelles ils sont rendus (1).

---

(1) Sous ce rapport, on les distingue en jugements *préparatoires, interlocutoires, provisoires, définitifs, d'expédient, d'homologation, sur requête, contradictoires, par défaut, par forclusion, en premier ou dernier ressort.* Nous les définirons comme suit :

1° *Le jugement préparatoire* est celui qui, sans rien préjuger au fond, a pour objet de mettre la cause en état de recevoir une décision définitive. (*Infrà* sur l'art. 452, 1re disposition.)

2° *Le jugement interlocutoire* est également un jugement préparatoire, mais qui diffère du premier en ce qu'il ordonne une preuve, une vérification, une instruction qui préjuge le fond. (*Infrà*, sur le même article, 2e disp.)

3° *Le jugement provisoire* prononce *par provision*, et avant le jugement définitif, sur un point qui exige célérité. (*Infrà*, sur les art. 134, 451.)

4° *Le jugement définitif* statue sur toute la cause et la termine. (V. *infrà*, art. 451.) Mais il est à remarquer que certains jugements, sans terminer la contestation, peuvent néanmoins être considérés comme définitifs par rapport à leur objet; tels sont ceux qui prononcent séparément sur un incident, sur une exception, une fin de non-recevoir, etc.

5° *Le jugement d'expédient* intervient sur le consentement donné par les parties pour *l'expédition* de l'affaire. C'est un accord volontaire signé par leurs avoués, en vertu du pouvoir spécial des parties, et dont le tribunal décerne acte dans la forme d'un jugement.

Le Code de procédure ne contenant aucune disposition sur cette espèce particulière de jugements, on doit se conformer à leur égard, aux principes de l'ancienne jurisprudence, d'après lesquels l'expédient ne peut avoir autorité de chose jugée qu'entre parties capables de transiger, et sur un objet susceptible de transaction. (*Nouv*

Sur ces différentes espèces de jugements, le Code de procédure contient, au tit. 7, des règles communes aux décisions à rendre tant par les tribunaux inférieurs que par les Cours royales. (*V. infrà*, art. 470.)

Du rapprochement de toutes les dispositions de ce titre, rangées dans leur ordre naturel, résulte l'analyse suivante, à laquelle nous joignons les explications de doctrine propres à faciliter l'intelligence de plusieurs d'entre elles.

Les jugements sont arrêtés, soit à l'audience, soit à la chambre du conseil, à la pluralité des voix. (Art. 116.)

S'il se forme parmi les juges plus de deux opinions, ils sont tenus de se réunir à l'une des deux opinions qui ont été émises par le plus grand nombre des votants. (Art. 117.)

Mais si ces deux opinions sont énoncées par un nombre égal, il y a partage.

Le partage est vidé, dans les tribunaux inférieurs, par l'adjonction d'un juge ou d'un suppléant, d'un avocat ou d'un avoué, à défaut les uns des autres. (Art. 118.)

L'affaire est ensuite plaidée et rapportée de nouveau.

Soit que le jugement ait été délibéré et arrêté audience tenante, soit qu'il l'ait été à la chambre du conseil, c'est toujours à l'audience, et publiquement, qu'il doit être prononcé.

Le *prononcé* consiste dans la proclamation de la décision, précédée de l'énoncé des raisons de droit ou de fait sur lesquelles elle est fondée, et dont elle doit être la conséquence.

Le greffier porte le prononcé sur une feuille que l'on appelle *feuille d'audience*, et où il inscrit les noms des juges, du procureur du roi ou de son substitut.

Cette feuille est vérifiée et signée par le juge qui a jugé, ou, à son défaut, par le plus ancien de ceux qui ont concouru au jugement; elle l'est aussi par le greffier. (*V.* nos questions sur l'art. 138.)

Mais ce qui est ainsi porté sur la feuille d'audience ne constitue pas le jugement dans son intégrité.

Il doit contenir en outre les noms, profession, demeure des parties, les

---

Répert., v° *Jugement*, § 1er, t. 2, p. 181.) *V.* nos questions sur l'art. 455.

6° *Le jugement d'homologation* est celui qui, sur une requête présentée au tribunal, ordonne l'exécution de quelque acte à l'égard duquel la loi exige son approbation. (*Infrà*, art. 885, 889, 955, 981; C. C., art. 448, 458, 467, 1314; C. de com., art. 524, 525, 526, 635.) Ces jugements sont aujourd'hui sujets à l'appel. (*Infrà*, art. 889.)

7° *Les jugements sur requête* interviennent sur la simple demande d'une partie qui n'en a mis aucune en cause; par exemple, dans l'espèce de l'art. 99 du Code civil. (*Infrà*, sur l'art. 157.)

8° *Le jugement contradictoire* est celui que le tribunal rend après avoir entendu les parties en instance.

9° Par opposition, on nomme *jugement par défaut* la décision rendue après avoir entendu une seule partie, l'autre n'ayant pas constitué avoué ou négligeant de se présenter pour plaider. (*V.* le tit. suiv.)

10° *Le jugement par forclusion* est rendu contre une partie qui a négligé de produire dans un procès par écrit. (*Suprà*, sur les art. 99, 100.)

11° *Le jugement en premier ressort* est la décision sujette à l'appel, et, réciproquement, *le jugement en dernier ressort* est celui qui n'est pas susceptible de cette espèce de recours.

12° Enfin l'on distinguait, en Bretagne, une douzième espèce de jugement que l'on appelait jugements *comminatoires*; c'étaient ceux qui étaient rendus *dans l'état*, faute, par exemple, d'avoir produit un titre, et qui paraissaient supposer la possibilité d'une autre décision, si ce titre était produit. Nous examinerons, sur l'art. 480, § 10, si cette distinction est fondée, et si elle peut avoir encore les résultats qu'admettait l'ancienne jurisprudence bretonne. (*V.*, sur ces définitions, le *Traité des jugements* de notre estimable confrère M. Poncet.)

noms des avoués, les conclusions et l'exposition sommaire des points de fait et de droit (Art. 141): c'est ce qu'on appelle *les qualités.*

Les points de fait sont puisés dans la demande et dans la défense; les points de droit sont les questions que le juge doit résoudre en appliquant la loi. (Tarif 87.)

Cette rédaction appartient aux avoués. Celui auquel on la signifie peut y former opposition (1), et le président prononce; c'est ce que l'on exprime par ces mots *régler les qualités.* Après la décision du président, ou, s'il n'existe pas d'opposition, à l'expiration du délai fixé, les qualités sont déposées au greffe; et sur la demande de l'une ou de l'autre des parties, le jugement est expédié, dans son entier, par le greffier qui le compose des qualités déposées et de ce qu'il a écrit sur la feuille d'audience. (Art. 142, 143, 144, 145.)

Tout jugement définitif condamne la partie qui succombe aux *dépens*, c'est-à-dire au paiement des frais faits par elle-même et par la partie adverse. (Art. 130.)

Quelquefois les dépens sont compensés. (Art. 131, 132.)

Compenser les dépens, c'est ordonner que chaque partie supportera elle-même, soit la totalité, soit une portion seulement de ses frais, l'autre partie devant, dans le premier cas, payer également la totalité des siens, et, dans le second, la portion de ceux de son adversaire que celui-ci n'est pas condamné à acquitter.

Sur l'affirmation de l'avoué d'avoir fait la plus grande partie des avances, la distraction des dépens est ordonnée à son profit. (Art. 133.)

Ordonner la *distraction*, c'est distraire ou séparer la condamnation aux dépens des autres condamnations prononcées en faveur de la partie, en sorte que son avoué acquière la faculté de poursuivre lui-même, à son profit, l'exécution de la première.

Outre les règles communes à tous les jugements, notre titre en contient de particulières relatives à certaines dispositions accessoires qu'un jugement pourrait renfermer.

1° Sur les dommages-intérêts (Art. 128);
2° Sur les restitutions de fruits (Art. 129)
3° Sur la comparution des parties en personne (Art. 119);
4° Sur les prestations de serment (Art. 120, 121);
5° Sur les délais pour l'exécution des condamnations (Art. 122, 124, 125);
6° Sur la contrainte par corps (Art. 126, 127).

D'autres règles ont pour objet l'exécution des jugements. L'exécution est provisoire ou définitive : elle est *provisoire*, lorsque, nonobstant l'appel ou l'opposition, qui sont ordinairement suspensifs (V. *suprà*, n° 77, et *infra*, art. 155 et 457), la loi veut ou autorise seulement le juge à ordonner que la décision sera exécutée avec ou sans caution.

Elle est *définitive*, lorsqu'aucune voie n'est ouverte pour se pourvoir afin de faire réformer, annuler ou casser le jugement. (Art. 134).

Jamais l'exécution provisoire n'a lieu pour les dépens (Art. 137); et, en tous les cas, si les juges ont omis de la prononcer dans le jugement même, elle ne peut l'être que sur l'appel. (Art. 136, 458, 459.) *Provisoire* ou *définitive*, on ne peut y procéder qu'autant que l'expédition est intitulée au nom du roi, et revêtue du mandement de Sa Majesté, qui constitue la *formule exécutoire* (Art. 146), et que le jugement a été signifié à l'avoué et à la partie. (Art. 147 et 148.)

---

(1) Il est à remarquer que l'on ne signifie les qualités que pour les jugements contradictoires seulement. (Tarif 88.)

Enfin, la loi défend aux greffiers de délivrer aucuns jugements avant qu'ils aient été signés par le juge qui a présidé. (Art. 139.)

Mais, pour que les parties n'aient rien à craindre d'une négligence de ce magistrat, le procureur du roi est chargé de vérifier chaque mois l'état des minutes. (Art. 140.)

Le Code de procédure ne renferme aucune disposition sur les effets des jugements; mais on peut, en général, réduire aux propositions suivantes les principes de législation et de jurisprudence concernant cet objet.

1° Le jugement est considéré comme la vérité, tant que cette présomption légale n'est pas détruite par les voies de droit, c'est-à-dire tant qu'il n'est pas intervenu une décision contraire rendue sur opposition, appel, tierce opposition, requête civile, etc. (V. *infrà*, titre suivant, et le titre intitulé : *Des voies ordinaires et extraordinaires pour attaquer les jugements*, mais surtout nos préliminaires sur l'appel.)

2° Il produit hypothèque. (Cod. civ., art. 2123.)

3° S'il est définitif, il termine la contestation, qui, par conséquent, ne peut être reproduite, à moins toutefois que la condamnation n'ait pas été déterminée : car si elle était vague et incertaine; si, par exemple, le jugement condamnait une partie à *payer à l'autre tout ce qu'elle doit, avec les intérêts*, un tel jugement ne passerait pas en force de chose jugée, et n'empêcherait pas la partie contre laquelle il aurait été rendu, de faire prononcer de nouveau sur la contestation. (*Nouv. Rép.*, v° *Jugement*, § 1, p. 555.)

4° Il fait considérer comme non avenue l'interruption de la prescription opérée par la demande. (Cod. civ., art. 2247.)

5° Il produit l'action que l'on nomme dans le droit romain *actio judicati*, et qui a pour objet l'exécution des dispositions qu'il renferme. Cette action dure trente ans, encore bien que l'action primitive, autrement le droit sur lequel le jugement a été rendu, fût de nature à se prescrire par un moindre laps de temps. Elle est *personnelle*, lors même que l'action jugée fût *réelle*, parce que la contestation forme entre les parties un contrat judiciaire tacite qui produit novation. (V. *Nouv. Rép.*, au mot *Réunion*.)

ART. 116. Les jugements seront rendus à la pluralité des voix, et prononcés sur-le-champ. Néanmoins, les juges pourront se retirer dans la chambre du conseil pour y recueillir les avis; ils pourront aussi continuer la cause à une des prochaines audiences pour prononcer le jugement.

Tarif 86.—[Notre Comm. du Tarif, t. 1er, p. 187, nos 1 et 2.] Loi du 20 avril 1810, art. 7. — Réglement du 30 mars 1808, art. 35. — *Suprà*, sur l'art. 93. — [Notre Dict. gén. de proc., vis *Audience*, nos 3 *bis*, 5, 6, 14, 16, 18, 23 et 24; *Délibéré*, n° 7; *Jugements*, nos 68 à 98, 101, 119, 123 à 126, 346 à 371. — Devilleneuve, v° *Jugement*, nos 1 à 66.— Arm. Dalloz, *eod.*, nos 1 à 58, 116 à 149.— Carré, *Compétence*, 2e part., liv. 3, tit. 3, ch. 2, § 2, à la note, éd. in-8°, t. 6, p. 450. — Locré, t. 21, p. 265, n° 3; p. 419, n° 70; p. 534, n° 29. — QUESTIONS TRAITÉES : Lorsque le tribunal se retire à la Chambre du conseil pour prononcer sur-le-champ, ou continue la cause pour prononcer à une des prochaines audiences, doit-il rendre un jugement qui déclare le renvoi? *Q.* 485. — Mais le jugement qui serait rendu sans renvoi à jour fixé serait-il nul? *Q.* 486. — Est-il nul, dans tous les cas, le jugement délibéré avec le concours d'un ou plusieurs juges qui n'avaient pas assisté à toutes les audiences de la cause? ou sans le concours de quelques-uns de ceux qui y ont assisté? *Q.* 486 *bis*. — Le jugement qui serait prononcé à l'audience serait-il nul si d'autres juges que ceux qui l'auraient délibéré à la Chambre du conseil assistaient à sa prononciation? *Q.* 487. — Les jugements doivent-ils être prononcés en audience publique à peine de nullité? Doivent-ils faire mention de cette publicité? Comment? *Q.* 487 *bis*. — Lorsque le tribunal a continué la cause pour le jugement être prononcé à une prochaine audience, l'instruction est-elle terminée? *Q.* 488. — Le ministère public et le greffier peuvent-ils entrer, avec les juges, dans la salle des délibérations? *Q.* 488 *bis*. — Comment doit être composé le tribunal ou la Cour, pour rendre un jugement ou un arrêt valable? Quelles sont les précau-

tions à prendre dans la rédaction du jugement, pour la constatation d'une composition légale? *Q.* 488 *ter* (1).]

LXXXII. Cette disposition reproduit et applique sans distinction une règle qui, en général, n'était admise que dans les tribunaux jugeant à charge d'appel. Dans les Cours souveraines, d'après un édit de 1549, les arrêts ne pouvaient être rendus qu'à une majorité de deux voix.

On remarque que le législateur énonce, en ce même article, le vœu que les jugements soient prononcés sur-le-champ, après que la cause a été plaidée ou rapportée, et que le ministère public a été entendu, si la cause est communicable. Mais si elle est telle que les juges ne puissent donner leur avis sans se livrer à des discussions importantes; si le jugement exige une rédaction particulièrement soignée, le tribunal peut suspendre l'audience, se retirer à la chambre du conseil, même s'y faire apporter les pièces, et reprendre ensuite l'audience à l'effet de prononcer. Bien plus, s'il prévoit que la discussion peut être longue, au point de consommer une trop grande partie de temps ordinairement consacré à l'audience, il peut, par un jugement essentiellement préparatoire, déclarer que la cause est *continuée* à tel jour qu'il indique, puis les juges conviennent entre eux d'une réunion particulière pour discuter leur avis : c'est le cas du délibéré sans rapport, dont nous avons parlé nº 437.

485. *Lorsque le tribunal se retire à la chambre du conseil pour prononcer sur-le-champ, ou continue la cause pour prononcer à une des prochaines audiences, doit-il rendre un jugement qui déclare ce renvoi?*

Il suffit, lorsque les juges se retirent pour prononcer le jugement à l'audience, que le président déclare que le tribunal se retire pour prononcer de suite, ou se borne à énoncer, dans le prononcé du jugement, que les avis seront recueillis en la chambre du conseil; mais si le jugement ne doit être prononcé qu'à l'une des prochaines audiences, il faut qu'il soit, comme nous venons de le dire dans le commentaire ci-dessus, précédé d'un jugement de renvoi à jour fixe, et d'autant de jugements semblables que de remises successives que le tribunal pourrait ordonner : ce qu'il ne doit faire qu'en cas de nécessité absolue et avec grande circonspection.

[[C'est aussi ce qu'enseignent MM. FAVARD DE LANGLADE, t. 3, p. 149, nº 1; DALLOZ, t. 9, p. 612, nº 1; THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 230, et BOITARD, t. 1, p. 385; voyez cependant la question suivante.]] **Supp.**, p. 118.

486. *Mais le jugement qui serait rendu sans renvoi à jour fixe serait-il nul?*

La négative a été jugée par arrêt de la Cour d'appel de Rennes du 31 juillet 1809, 1re chambre (*J. Av.*, t. 15, p. 84), attendu qu'aucune disposition du Code de procédure ne porte la peine de nullité pour l'inobservation de l'article 116; mais cette décision ne doit pas empêcher les juges de prononcer le renvoi, ainsi que nous l'avons dit sur la précédente question. (*V.* en outre un autre arrêt de Rennes du 31 août 1810, 3e chambre (*J. Av.*, t. 18, p. 525).

[[La Cour de cassation a également jugé, le 24 juin 1818 (*J. Av.*, t. 9, p. 26),

---

(1) **JURISPRUDENCE.**

[Nous pensons que :

1º Il n'est pas nécessaire, à peine de nullité, qu'un arrêt constate qu'il a été rendu à la pluralité des voix; Cass., 1er mars 1830 (*S.*, 30.1-233); 16 février 1830 (*J. Av.*, t. 38, p. 298);

2º Ou qu'il a été délibéré; Cass., 1er mai 1832, et 25 juin 1833 (*J. Av.*, t. 43, p. 550, et t. 45, p. 686).]

qu'en ordonnant un simple délibéré, les juges ne sont pas tenus d'indiquer le jour auquel ils rendront le jugement, et, le 13 novembre 1834 (*J. Av.*, t. 49, p. 463), que le jugement rendu trois jours après celui indiqué pour sa prononciation, et sans que la remise eût été constatée par un autre jugement préparatoire, n'est pas, pour cela, entaché de nullité.

En effet, l'art. 116, qui autorise le renvoi à l'une des prochaines audiences, n'exige pas, comme l'art. 93, en matière de délibéré sur rapport, que cette audience soit indiquée d'une manière précise. Tout est donc laissé, à cet égard, à la discrétion des juges, et, s'il leur est permis de ne pas désigner le jour où ils videront le délibéré sans rapport, réciproquement l'on peut dire que le jugement qui intervient à la suite ne doit pas nécessairement faire mention de celui qui avait ordonné le délibéré; c'est ce qu'a jugé la Cour de cassation, le 14 novembre 1832 (*J. Av.*, t. 44, p. 177).]] **Supp. alph.**, v° *Jugement*, n. 24.

[[**486** bis. *Est-il nul, dans tous les cas, le jugement délibéré avec le concours d'un ou plusieurs juges qui n'avaient pas assisté à toutes les audiences de la cause? ou sans le concours de quelques-uns de ceux qui y ont assisté?*

Un principe de droit naturel, consacré par toutes les dispositions de la loi écrite, veut que nul ne puisse être jugé sans avoir été entendu. La conséquence nécessaire de ce principe, c'est que les parties ne puissent être jugées par des magistrats autres que ceux qui les ont entendues, par des magistrats qui n'auraient pas assisté aux audiences où leurs moyens ont été exposés et développés.

Cette proposition, qu'émettent MM. Pigeau, *Comm.*, t. 1, p. 270, Berriat Saint-Prix, p. 250, not. 27; Merlin, *Rép.*, t. 6, p. 606; Favard de Langlade, t. 3, p. 150, n° 3; Boncenne, t. 2, p. 380, et Boitard, t. 1, p. 397, et que M. Carré rappelle transitoirement, sous l'art. 138, *Quest.* 593, à la note, est d'ailleurs écrite en toutes lettres dans l'art. 7 de la loi du 20 avril 1810.

Elle avait été antérieurement appliquée par la Cour de cassation, les 4 germinal an XIII, 9 brumaire, 18 frimaire an II; 12 nivôse an VII; 26 messidor an VIII; 13 vendémiaire an IX; 6 brumaire an XI; 22 octobre 1807; et, par la Cour de Turin, le 18 août 1806 (*J. Av.*, t. 15, p. 23); et encore, depuis la promulgation de cette loi, par la Cour de Bruxelles, le 14 janvier 1818 (*Journ.* de cette Cour, t. 1er de 1818, p. 26); par la Cour de Rennes, le 4 mars 1820; et par la Cour de cassation, les 30 mars 1812; 10 mai 1815 (*J. Av.*, t. 15, p. 24 et 25); 6 juin 1826 (*J. Av.*, t. 31, p. 299); 26 décembre 1826 (*J. Av.*, t. 33, p. 98); 29 sept. 1820 (*J. Av.*, t. 10, p. 574); 16 janvier 1828 (*D.*, 1828-1-94); 22 février 1828 (*D.*, 1828-1-144); 22 août 1833 (*J. Av.*, t. 46, p. 366); 14 février 1838 (*J. Av.*, t. 54, p. 365, et *J. P.*, t. 1 de 1838, p. 567); 13 mars 1838 (*J. Av.*, t. 55, p. 471) (1).

Mais, comme la défense consiste principalement dans la position des conclusions respectives des parties, il est clair que le nouveau juge pourra valablement concourir au jugement, si, à la dernière audience à laquelle il a assisté, les conclusions ont été reprises devant lui, et, à plus forte raison, si les plaidoiries y ont été recommencées, ou les moyens sommairement exposés. D'où il suit que les juges qui ont assisté à la position des qualités ne sont pas seuls compétents pour connaître de l'affaire, et que d'autres peuvent

(1) [Il s'ensuit que, lorsque plusieurs conseillers, après avoir entendu les plaidoiries d'une cause, passent dans une autre chambre par l'effet du roulement, ils doivent tous être rappelés à la chambre dont ils sont sortis pour concourir au jugement. (*V.* nos *Quest.* 479 et 497).]

la juger, pourvu qu'ils aient été présents au jour des plaidoiries, et que les conclusions y aient été reprises.

Cette restriction au principe général, qu'enseignent tous les auteurs précités, a encore été reconnue et consacrée par de nombreux arrêts; cass., 25 avril 1815 (*J. Av.*, t. 15, p. 116); 7 janvier 1817 (*J. Av.*, t. 16, p. 700); 26 août 1818 (*J. Av.*, t. 15, p. 257); 27 février 1821 (*J. Av.*, t. 23, p. 66); 2 février 1825 (*J. Av.*, t. 28, p. 230); 25 février 1827, 11 novembre 1828 (*J. Av.*, t. 36, p. 109); 15 novembre 1830 (*J. Av.*, t. 40, p. 219); mais, pour que le jugement délibéré par un juge qui n'avait pas assisté à l'une des premières audiences soit valable, il est nécessaire que les feuilles d'audience, ou, à défaut de ces feuilles, un renseignement authentique constate la reprise des plaidoiries et des conclusions devant lui; sans cela ce jugement ne pourrait échapper à la nullité, comme l'a décidé la Cour de cassation, le 16 mai 1821 (*J. Av.*, t. 23, p. 184). Cependant l'on n'exige, pour cette constatation, aucune expression sacramentelle : tous les équipollents sont admis, et, par exemple, il suffirait que la mention fût ainsi conçue : les avocats ont été ouïs à une précédente audience et *à celle de ce jour*, Cass., 4 juin 1833 (*J. Av.*, t. 45, p. 595).

Au sujet de ce dernier arrêt, il faut bien remarquer que la Cour suprême n'a pas décidé, en principe, qu'il y avait présomption légale que les conclusions avaient été reprises devant un magistrat siégeant à la dernière audience d'une cause, par cela seul que *les avocats avaient été ouis*. Elle a déclaré que la Cour royale avait pu, *d'après les circonstances*, trouver, dans les termes du jugement de première instance, la preuve que les parties avaient repris leurs conclusions. Or ce n'est là qu'une décision d'espèce; aussi ne pouvons-nous croire, qu'en thèse générale, la Cour suprême maintînt tout arrêt portant la mention dont il s'agissait, mention qui prouve bien que des avocats ont continué de plaider, mais qui ne prouve pas qu'ils aient, ainsi que le veut la loi, repris leurs conclusions devant le magistrat arrivé pour la première fois à la dernière audience.

Le principe sur lequel s'appuie la jurisprudence qui admet, sous condition, les nouveaux juges à participer au jugement, nous paraît hors de doute. La Cour suprême, le 24 avril 1833 (*J. Av.*, t. 45, p. 423), a décidé qu'en matière d'instruction par écrit, le jugement définitif peut être rendu par des magistrats qui n'ont pas assisté aux conclusions orales des parties, *pourvu que ces conclusions aient été transcrites dans les mémoires respectivement signifiés*.

Quoiqu'on pût soutenir le contraire, par des raisons assez spécieuses, et que nous avons indiquées en 1833, néanmoins nous pensons que l'on doit considérer que les conclusions transcrites et signifiées sont une véritable reprise de conclusions, lorsqu'une instruction par écrit a été ordonnée, et nous adoptons l'opinion qu'a consacrée l'arrêt du 24 avril. (V. *suprà*, *Quest.* 479.)

Au reste, nous devons signaler une seconde limitation au principe posé en tête de cette question, ou plutôt nous devons en expliquer le sens.

Il faut sans doute que les juges aient assisté à toutes les plaidoiries ou du moins à toutes les conclusions relatives au point du litige sur lequel ils doivent se prononcer. Mais il ne s'ensuit pas qu'ils aient dû prendre part à tous les jugements intervenus sur la même affaire pendant le cours de l'instance. Les jugements préparatoires, interlocutoires, sur des incidents, ont pu être rendus hors de leur présence, sans que cette circonstance les rende inhabiles à participer au jugement définitif; car ce n'est plus la même question qui pend à juger, c'est un nouveau procès, pour ainsi dire, sur lequel une nouvelle instruction va avoir lieu, où de nouvelles conclusions vont être posées. Il ne manquera donc au nouveau juge aucun des renseignements nécessaires pour remplir son devoir.

C'est ainsi que l'ont décidé la Cour de cassation, les 3 germinal, 17 vendé-

miaire an XII (*J. Av.*, t. 15, p. 61); 18 avril 1810 (*J. Av.*, t. 15, p. 86); 19 novembre 1818 (*J. Av.*, t. 15, p. 137); 3 juillet 1820 (*J. Av.*, t. 11, p. 174), et 5 mars 1829 (*J. Av.*, t. 37, p. 109); et la Cour de Rennes, le 10 novembre 1807 (*J. Av.*, t. 15, p. 74), dans des espèces où le jugement définitif avait été rendu par d'autres juges que ceux qui avaient prononcé le jugement interlocutoire.

A plus forte raison, n'est-il pas nécessaire que la chambre qui statue sur l'opposition à un jugement de défaut soit composée de la même manière que lorsqu'elle a rendu ce jugement, puisque, devant elle, le procès *recommence* dans toute la réalité du mot; Cass., 20 mars 1821 (*J. Av.*, t. 23, p. 89), et 13 nov. 1823 (*J. Av.*, t. 29, p. 81). L'opposition, dit le premier de ces arrêts, doit, par sa nature, être portée non pas devant les mêmes individus et le même nombre de juges, mais bien devant le même tribunal qui a prononcé le jugement par défaut, et le tribunal est censé le même lorsqu'il est composé du nombre de juges déterminé par la loi.

On sent néanmoins que, si le jugement dernier était rendu après un simple préparatoire qui n'admît pas de nouvelles conclusions, par exemple, un délibéré sur rapport, un juge ne pourrait pas assister au second sans avoir assisté au premier. C'est ce qu'a jugé la Cour de cassation, les 24 avril 1816 (*J. P.* 3e édition, t. 13, p. 395); 21 avril 1830 (*J. Av.*, t. 39, p. 172), et cela est conforme à l'observation que fait M. BOITARD, t. 1, p. 400.

Comme aussi, en matière sommaire, le juge qui n'aurait pas assisté à une enquête, dont procès-verbal n'aurait pas été dressé (art. 411, Cod. proc. civ.), ne pourrait concourir au jugement à rendre à la suite de cette enquête, puisqu'il n'aurait pas dans l'esprit les éléments propres à fixer sa décision. Ainsi l'a jugé la Cour de cassation, le 30 janvier 1828 (*J. Av.*, t. 35, p. 187), à l'occasion d'un jugement émané d'un tribunal de commerce. La même décision s'appliquerait au juge qui n'aurait pas assisté à une comparution des parties, à moins que, comme dans l'espèce de l'arrêt de la Cour de cassation du 25 janvier 1815 (*J. Av.*, t. 15, p. 114), les dires de ces parties n'eussent été consignés au procès-verbal de l'audience, et les plaidoiries, comme les conclusions, recommencées devant le nouveau juge, sur le fondement de ces dires.

Il nous reste à examiner si le jugement rendu sans le concours de quelques-uns des juges qui ont assisté aux plaidoiries, lorsque, d'ailleurs, il demeure, pour composer le tribunal, un nombre suffisant de juges qui les ont entendues, serait irrégulier.

On dit, pour l'affirmative, que, l'affaire une fois plaidée, le concours de tous les juges est acquis aux parties, que la retraite de l'un ou de plusieurs d'entre eux peut être funeste aux intérêts de l'une ou de l'autre, et qu'elle a, par conséquent, le droit de s'en plaindre. On invoque les motifs de l'arrêt du 18 août 1818, déjà cité.

Ce sont là des présomptions qui ne rentrent pas dans l'esprit de la loi, puisqu'elle n'exige qu'un nombre fixe de magistrats, et que, si elle autorise à en appeler quelques-uns de plus dans la même chambre, c'est pour prévenir le cas où, une affaire se prolongeant, quelque empêchement pourrait survenir à l'un des juges qui siégent.

Le jugement rendu par des magistrats en nombre suffisant sera donc conforme à la loi, et, quoiqu'il soit convenable d'indiquer le motif d'abstention du juge empêché, le défaut de mention ne serait cependant pas une nullité.

Ce principe a été consacré par la Cour de Bruxelles, les 24 février 1821 (*J. de cette Cour*, t. 1 de 1821, p. 136), 6 nov. 1827 (même *Journ.*, t. 1 de 1828, p. 3 et 144); par les Cours de Toulouse, 31 mars 1821 (*J. Av.*, t. 15, p. 166); Grenoble, 23 août 1827 (*J. Av.*, t. 34, p. 47), et Cass., 14 nov. 1832 (*J. Av.*, t. 44, p. 177). M. MERLIN, *Rép.*, vo *Jugement*, § 1er, *additions*, n'hésite pas à l'approuver.

Il en serait autrement si le jugement avait été déjà arrêté entre tous les

juges. Nous pensons que, si, par suite de l'absence de l'un d'eux, les bases devaient en être modifiées, il faudrait l'attendre, ou, en cas d'impossibilité, recommencer le délibéré. (*V.* la *Quest.* suiv.)]] **Supp. alph.**, v° *Jugement*, n. 16 et suiv.

487. *Le jugement qui serait prononcé à l'audience serait-il nul, si d'autres juges que ceux qui l'auraient délib. [illegible] chambre du conseil assistaient à sa prononciation?*

La Cour de cassation avait affirmativement résolu cette question, attendu qu' un jugement n'a d'existence légale que du jour où il a été prononcé, et que, par conséquent, le jugement, bien qu'arrêté antérieurement en la chambre du conseil, ne doit être considéré que comme ayant été rendu le jour de sa prononciation, et, par suite, par des juges qui n'avaient pas entendu les parties. (*V.* arrêt de la Cour de cassation, du 26 vendémiaire an 8, *S.*, t. 4, 1re partie, p. 98, et *J. Av.*, t. 15, p. 32.)

Il faut remarquer ici que M. Merlin, dans son nouveau Répertoire, au mot *Délibéré*, p. 413, s'exprime en ces termes : « Un jugement rendu sur délibéré « ne serait pas nul, s'il portait qu'il a été arrêté, dans la chambre du conseil, « à un jour différent de celui où il a été prononcé à l'audience ; parce que « l'art. 116 ne porte pas la peine de nullité, et que, suivant l'art. 1030, cette « peine ne peut jamais être suppléée par les juges ; mais il l'eût été sous l'em- « pire de la loi du 3 brumaire an II. »

Nous pensons aussi, et par les mêmes motifs que M. Merlin, que le jugement qui ne porterait que la date du jour où il aurait été délibéré ne serait pas nul ; mais nous serions porté à décider autrement, dans l'espèce où ce jugement aurait été prononcé devant d'autres juges que ceux qui auraient concouru à la délibération, ou par un président qui n'y aurait pas pris part. C'est à la présence de ceux-ci qu'est attachée la garantie que le jugement sera prononcé ainsi qu'il a été arrêté dans la chambre du conseil : tous autres juges sont incompétents pour proclamer cette décision. (Cassation, 7 therm. an XI, *S.*, t. 3, 1re part., p. 381. et *J. Av.*, t. 15, p. 60.)

[[Cette solution nous paraît conforme aux principes. Elle est aussi adoptée par MM. PONCET, t. 1, p. 218; THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 229 ; BONCENNE, t. 2, p. 380, et BOITARD, t. 1, p. 422.

Du principe que le jugement n'a d'existence que par sa prononciation, il suit encore que les juges, après être tombés d'accord, peuvent rétracter leurs avis jusqu'au prononcé; et que, lorsque, entre le délibéré et le prononcé, un juge vient à décéder, les survivants ne pourront, ayant égard à l'opinion qu'il avait émise, la compter pour former le jugement, en sorte que les plaidoiries devront recommencer, si la voix du défunt était nécessaire, soit pour compléter le tribunal, soit pour y former une majorité. (*V.* la *Quest.* 486 bis, *in fine.*)]] **Supp. alph.**, v° *Jugement*, n. 50 et suiv.

[[**487** bis. *Les jugements doivent-ils être prononcés en audience publique, à peine de nullité? Doivent-ils faire mention de cette publicité? Comment?*

L'art. 7 de la loi du 20 avril 1810 prononce formellement la nullité de tout jugement ou arrêt qui n'aurait pas été prononcé publiquement. La première partie de la question ne peut donc souffrir de difficulté : elle ne recevrait une solution négative, à l'égard de certains jugements, qu'autant qu'une loi spéciale les aurait expressément dispensés de la publicité. (*V.* notre *Quest.* 2923.)

En règle générale donc les motifs (1) et le dispositif doivent être prononcés

(1) [V. *infrà*, *Quest.* 595 *bis*, notre opinion sur la prononciation des motifs à l'audience.]

publiquement, sans quoi le jugement serait radicalement nul, comme l'enseignent MM. PIGEAU, pr. civ., liv. 2, part. 3, tit. 1er, art. 1, n° 3; FAVARD DE LANGLADE, t. 1, p. 150, n° 4; DALLOZ, t. 9, p. 612, n° 2; THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 230, et BONCENNE, t. 2, p. 426. M. Poncet est le seul auteur qui n'attache pas à cette irrégularité la peine de nullité radicale, et qui permette aux juges supérieurs d'avoir égard aux motifs qui ont pu déterminer les juges inférieurs à juger à huis clos. Cette opinion ne nous paraît pas soutenable en présence du texte formel que nous avons cité, et des nombreuses applications qui en ont été faites à divers genres de jugements par la Cour de cassation, les 22 brumaire et 12 nivôse an VII (*J. Av.*, t. 15, p. 29), 16 février 1824 (*S.*, t. 28, p. 251); 18 janvier 1830 (*J. Av.*, t. 38, p. 193); 25 mai 1830 (*J. Av.*, t. 30, 1re part., p. 213); 29 novembre 1831 (*J. Av.*, t. 43, p. 527), et 5 décembre 1836 (*J. Av.*, t. 52, p. 249), et par les Cours d'Orléans, 10 janvier 1808 (*J. Av.*, t. 18, p. 623); de Bordeaux, 4 août 1824 (*J. Av.*, t. 28, p. 234); d'Amiens, 24 avril 1825 (*J. Av.*, t. 30, p. 49); de Nanci, 26 avril 1827 (*J. Av.*, t. 32, p. 276), et encore d'Amiens, 24 avril 1839 (*J. Av.*, t. 57, p. 486).

Il n'est pas plus difficile de résoudre la seconde partie de la question posée en tête de ce numéro. Quoique M. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 276, s'appuyant sur un arrêt de la Cour d'Aix du 21 juin 1808 (*J. Av.*, t. 15, p. 78), auquel on peut joindre celui de la Cour de Bruxelles, du 15 mai 1826 (*Journ.* de cette Cour, t. 2 de 1826, p. 424), enseigne que le défaut de mention de la publicité n'annullerait pas le jugement s'il n'était prouvé d'ailleurs qu'il a été rendu en secret, la présomption étant, jusqu'à preuve contraire, en faveur de l'observation de la loi; il est certain néanmoins, et d'une doctrine universelle, que le jugement doit porter avec lui la preuve de l'accomplissement de toutes les formalités qui lui sont essentielles, et, par conséquent, de sa prononciation en séance publique. MM. FAVARD DE LANGLADE, t. 1, p. 247; DALLOZ, t. 9, p. 612, n° 5, et BONCENNE, t. 2, p. 426, n'hésitent pas à poser ce principe, qui a été appliqué par la Cour de Grenoble, les 21 décembre 1820 et 27 juin 1821 (*J. Av.*, t. 15, p. 78, et par la Cour de cassation, les 12 nivôse an VII (*J. Av.*, t. 15, p. 29); 2 floréal an IX (*J. Av.*, t. 19, p. 56); 19 mai 1813 (*J. Av.*, t. 4, p. 676); 5 mars 1822 (*J. Av.*, t. 24, p. 72); 27 mars 1822 (*J. Av.*, t. 24, p. 95); 16 fév. 1824 (*J. Av.*, t. 28, p. 251); 28 janv. 1825 (*J. Av.*, t. 30, p. 68); 23 juin 1827 (*D.* 1827, 1-487), et 26 juin 1829 (*D.* 1829-1-282); Brux., 11 fév. 1820 (*J.* de cette Cour, t. 1 de 1820, p. 26), et 30 octobre 1823 (même *Journ.* t. 2 de 1823, p. 299).

Mais il n'est pas nécessaire, ainsi que le reconnaissent MM. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 276, FAVARD DE LANGLADE, t. 3, p. 151, et DALLOZ, t. 9, p. 612, n° 6, que la mention de la publicité se trouve, dans le corps du jugement, en telle ou telle forme, à telle ou telle place. Toutes les expressions d'où l'on pourra clairement induire que le jugement a été prononcé en public, par exemple celle-ci : à *l'audience*, ou en *la salle d'audience*, ou le *bureau ouvert*, ou *en séance*, et autres semblables, satisferont à l'exigence de la loi. On trouve une foule d'exemples de ces *équipollents* dans les arrêts de la Cour de cassation, qui sont sous les dates des 26 juin 1817 (*J. Av.*, t. 15, p. 129); 27 mai 1818, et 1er février 1820 (*J. Av.*, t. 4, p. 682); 24 juillet 1822 (*J. Av.*, t. 24, p. 250); 14 janvier 1824 (*J. Av.*, t. 26, p. 117); 20 décembre 1825 (*J. Av.*, t. 30, p. 308); 8 nov. 1826 (*J. Av.*, t. 32, p. 110); 23 août 1826 (*J. Av.*, t. 32, p. 219); 23 juillet 1828 (*J. Av.*, t. 36, p. 127); 23 décembre 1828 (*S.*, 29-1-155): 18 août 1829 (*J. Av.*, t. 37, p. 288); 20 février 1827, 2 mai 1827, 24 juillet 1828, 6 juin 1829 et 7 juin 1832 (*J. Av.*, t. 43, p. 692).

Nous devons dire néanmoins que la section criminelle a adopté une jurisprudence plus sévère, puisque, par arrêts des 30 décembre 1823 (*J. Av.*, t. 25, p. 337); 7 décembre 1826 (*J. Av.*, t. 33, p. 189); et 1er décembre 1827 (*Dall.*, 1828-1-41); elle a annulé, comme ne constatant pas suffisamment la publi-

cité, des jugements de police qui énonçaient avoir été rendus *au lieu ordinaire des audiences, en audience de police* et même *audience tenante dans la salle du tribunal de police.*

Comment aurait-elle traité l'arrêt de la Cour de Bruxelles du 30 octobre 1823, cité plus haut, qui regarde comme mention suffisante de publicité celle que le jugement a été rendu *au palais de justice?*]] **Supp. alph.**, v° *Jugement*, n. 55 et suiv.

488. *Lorsque le tribunal a continué la cause pour le jugement être prononcé à une prochaine audience, l'instruction est-elle terminée?*

Oui, l'instruction est achevée, les opinions sont censées ouvertes, et les parties ne peuvent plus signifier aucune requête ou écriture (*V.* DELAPORTE, t. 1, p. 125). Il en est ici autrement que du cas où un délibéré sur rapport aurait été prononcé. (*V.* les *Quest.* 442, 443, 444.)

[[*V.* nos observations sur les questions citées.]]

[[**488** bis. *Le ministère public et le greffier peuvent-ils entrer, avec les juges, dans la salle des délibérations?*

On lit dans M. FAVARD DE LANGLADE, t. 3, p. 149, n° 1 : « Le projet de l'art. 116 « portait que le *tribunal* pourrait se retirer dans la chambre du conseil. Mais, « sur l'observation de la section de législation du Tribunat, que les juges « devaient avoir le droit de se réunir seuls, sans être suivis des officiers « du ministère public, ni même du greffier, l'expression *les juges* remplaça « celle de *tribunal* dans la rédaction définitive. » (*V.* LOCRÉ, t. 21, p. 419, n° 70.)

De là cet auteur, et M. THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 230, concluent, avec raison, que nul autre que les juges, ne peut entrer avec eux dans la salle des délibérations.]] **Supp. alph.**, v° *Jugement*, n. 27 et 28.

[[**488** ter. *Comment doit être composé le tribunal ou la Cour pour rendre un jugement ou un arrêt valable? Quelles sont les précautions à prendre, dans la rédaction du jugement, pour la constatation d'une composition légale?*

Ce sont là des questions d'organisation et de compétence, étrangères à notre plan, et pour lesquelles nous nous contenterons de renvoyer aux nombreux arrêts rapportés dans notre *Dict. gén. de Pr.*, v° *Jugement*, n°s 1 à 67, 394 à 426, et, depuis la publication de ce dictionnaire, au *J. Av.*, t. 50, p. 175, 249 et 293; t. 51, p. 506, 559 et 582; t. 52, p. 149 et 382.]]
Supp. alph., v° *Jugement*, n. 1 et suiv

ART. 117. S'il se forme plus de deux opinions, les juges plus faibles en nombre seront tenus de se réunir à l'une des deux opinions qui auront été émises par le plus grand nombre. Toutefois, ils ne seront tenus de s'y réunir qu'après que les voix auront été recueillies une seconde fois.

Ordonn. de François Ier du mois d'octobre 1523, art. 86. — Code de proc., art. 467. — [Notre Dict. gén. de Proc., v° *Jugement*, n°s 100 et 102. — Arm. Dalloz, *eod.*, n°s 72 à 78.—Carre, *Compétence*, 2e part., liv. 1er, tit. 1er, ch. 4, art. 27, n° XXV. ed. in-8°, t. 1er, p 412. — Locré, t. 21, p. 420, n° 71. — QUESTIONS TRAITÉES : Dans quel rang les juges doivent-ils opiner? *Q.* 489. — Comment la pluralité peut-elle se réunir en faveur d'une opinion? *Q.* 490 — Y aurait-il nullité du jugement qui ne mentionnerait pas qu'il s'est élevé plus de deux opinions, et que les voix ont été recueillies de nouveau? *Q.* 491. — L'art. 117 est-il applicable dans les Cours d'appel en ce qu'il exige un second tour d'opinion? *Q.* 492.]

LXXXIII. On voit, par cet article, que, s'il existe plus de deux opinions, il

faut les réduire à deux, et que, conséquemment, il n'y a partage qu'autant que les opinions, réduites à deux, ont chacune un nombre égal de voix. C'est alors le cas d'appliquer la disposition de l'art. 118.

[[*V.* néanmoins la *Quest.* 493.]]

489. *Dans quel rang les juges doivent-ils opiner?*

Le décret du 30 mars 1808, art. 55, portant règlement pour les tribunaux, contient, à cet égard, une règle générale d'après laquelle les juges opinent à leur tour, en commençant par le dernier reçu; mais cette règle souffre exception dans les affaires sur rapport, où le rapporteur opine le premier, parce qu'ayant pris une connaissance plus particulière de l'affaire, le développement de son avis peut contribuer beaucoup à l'instruction de ses collègues.

[[Ce sont les dispositions textuelles de la loi.]]

490. *Comment la pluralité peut-elle se réunir en faveur d'une opinion?*

Nous remarquerons d'abord que, d'après l'art. 116, si le tribunal émet deux opinions, la plus forte en nombre l'emporte; mais il faut que la majorité soit absolue, c'est-à-dire que l'opinion la plus forte ait pour elle la moitié des juges du tribunal, plus un au moins.

S'il y a égalité de voix, il y a partage, et l'on applique l'art. 118; s'il se forme plus de deux opinions, et qu'il faille conséquemment se conformer à la disposition de l'art. 117, il est nécessaire de distinguer

Ainsi, lorsqu'une des opinions à la majorité absolue, elle l'emporte. Par exemple, le tribunal étant composé de cinq juges, trois embrassent une opinion, les deux autres chacun une; les trois l'emportent.

Si, au contraire, l'une des opinions n'a pas la majorité absolue : par exemple si, de cinq juges, deux opinent de la même manière, deux autres d'une manière différente, et que le cinquième ait une autre opinion qui lui soit particulière, il n'y a point de partage; car il n'en peut exister qu'entre des avis qui réunissent un nombre égal de voix. Il n'y a pas non plus de pluralité, puisque chacune des deux opinions principales réunit un même nombre de suffrages. Mais, en ce cas, elle sera formée conformément à l'art. 117, par la réunion du cinquième juge à l'une des deux opinions émises par le plus grand nombre, et il y aura jugement.

Supposons maintenant huit juges au lieu de quatre. Il se forme trois opinions : l'une est adoptée par quatre juges, une autre par trois, la dernière par un seul; en ce cas encore, il n'y a ni partage, ni pluralité. Il n'y a pas de partage : car chaque opinion n'a pas un nombre égal de voix; il n'y a pas de pluralité; car, sur huit juges, l'opinion principale n'en réunit que quatre. Il faut donc que le juge qui est seul de son avis se réunisse aux quatre qui sont de la première opinion, et alors il y aura jugement, ou aux trois qui se sont prononcés pour la seconde, et il y aura partage, parce qu'il se trouvera un nombre égal de juges pour l'une et pour l'autre. (*V.* PIGEAU, t. 1, p. 466; DELAPORTE, t. 1, p. 125) (1).

---

(1) Une autre hypothèse est établie par les auteurs du *Praticien français*, t. 1, p. 383 : « Lorsqu'il y a quatre juges, disent-ils, que « deux sont d'un avis, que chacun des deux « autres a le sien particulier, si, après un « nouveau tour de scrutin, chaque juge per- « siste dans son opinion, comme alors le « tribunal n'est pas d'accord, et qu'il n'y a « aucun moyen indiqué pour sortir de cette « discordance, nous estimons qu'il y a lieu

[[Il n'y a lieu à l'application de l'art. 117 qu'autant que, sur les diverses opinions émises, deux au moins sont dominantes, c'est-à-dire réunissent

---

« de procéder comme s'il y avait partage. »

Le motif que ces auteurs donnent de leur opinion, est qu'il n'y a aucune raison pour que deux juges fassent le sacrifice de leur opinion à celle d'autres juges égaux en nombre. Nous partageons ce sentiment.

Il y a évidemment lieu, dans cette hypothèse, à procéder comme s'il y avait partage, puisqu'il ne se trouve qu'une seule opinion qui ait pour elle le plus grand nombre de juges. Or, l'art. 117 veut que les juges plus faibles en nombre se réunissent à l'une *des deux opinions* qui auraient été émises par le plus grand.

Mais devons-nous dire, comme les mêmes auteurs, p. 382, que, dans le cas où, sur cinq juges, deux veulent prononcer 1,500 fr. de dommages-intérêts, deux autres 1,000 fr., et le cinquième seulement 500 fr., celui-ci doit se désister de son opinion, et se réunir à l'un ou à l'autre parti adopté par deux autres juges?

Devons-nous, ce qui est la même chose, dire, comme M. PIGEAU, t. 1, p. 466, que si, de cinq juges, deux opinent pour condamner par corps, deux autres pour la condamnation par les voies ordinaires, un cinquième pour la libération et la décharge, ce dernier sera tenu de se réunir à l'une des deux autres opinions, après que les voix auront été recueillies une seconde fois?

Ces décisions peuvent souffrir difficulté; on connaît la loi 27, § 3, au digeste, *de Receptis qui arbitrium*, liv. 4, tit. 8.

Cette loi est rendue dans une espèce où il faut obtenir l'unanimité des suffrages; et l'on y fait cette question : « Si, de trois arbitres, l'un condamne à payer une somme de quinze, l'autre une de dix, le troisième une de cinq, quel jugement doit-on suivre?

Le jurisconsulte Julien répond qu'il faut se tenir au dernier, parce que tous les arbitres ont été de cet avis, *quia in hanc summum omnes consenserunt.*

En se fondant sur cette loi, que l'on trouve rappelée dans le *Nouveau Répertoire*, au mot *Partage d'opinions* (*V.* t. 9, p. 61), on pourrait penser que toutes les fois que l'avis du plus petit nombre de juges se trouve implicitement renfermé dans l'une des deux opinions émises par le plus grand nombre, il n'y a point lieu à appliquer l'art. 117, et qu'il y a jugement, parce qu'il y a pluralité.

Ainsi, dans l'espèce posée par les auteurs du *Praticien*, et appliquant à la pluralité ce que la loi 27, *de Receptis qui arbitrium*, décide à l'égard de l'unanimité, on dirait qu'on devrait adjuger 1,000 fr.: *quia in hanc summam plures consenserunt.* En effet, il n'y a, dans cette espèce, qu'une voix pour accorder moins de 1,000 fr.; car, qui veut 1,500 fr. en veut au moins 1,000; ce qui comprend le plus comprend le moins.

De même, dans une autre espèce, où, sur cinq juges, l'un penserait qu'il ne serait pas dû de dommages-intérêts, le second qu'il serait dû 300 fr., le troisième 600 fr., le quatrième 1,000 fr., le cinquième, 2,000 fr., on répondrait d'abord que l'opinion de la pluralité est pour adjuger les intérêts; ensuite que trois juges se réunissent pour adjuger au moins 600 fr. : de là, jugement qui fixerait les intérêts à cette somme.

Ainsi encore, dans l'espèce proposée par M. Pigeau, on déciderait d'abord qu'il y a pluralité pour la condamnation, puisque quatre juges sont d'avis de condamner, et ne diffèrent que sur la voie de contrainte; et ensuite pluralité pour condamner sans contrainte par corps, parce que le cinquième juge qui veut absoudre ne veut pas, à plus forte raison, prononcer cette voie rigoureuse d'exécution.

Quoi qu'il en soit, nous ne croyons pas que l'on puisse admettre de telles opinions sans contrevenir à l'art. 117. Cet article décide, sans aucune distinction, que, s'il se forme plus de deux opinions, les juges les plus faibles en nombre ne sont tenus de se réunir à l'une de celles émises par la plus grande partie, qu'après que les voix auront été recueillies une seconde fois. Or, il importe peu que l'opinion qui réunit le moins de voix soit implicitement renfermée dans celle qui en compte le plus. Il reste toujours vrai qu'il y a plus de deux opinions émises, et cela suffit, à notre avis, pour que les voix soient recueillies de nouveau.

[MM. THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 231, et BOITARD, t. 1, p. 413 et suiv., proposent aussi ces espèces et quelques autres encore, comme exemple de cas, où, bien qu'il y ait partage apparent, ce partage n'existe pas en réalité, parce que, la question à juger étant complexe, deux des opinions, divergentes sur l'accessoire, se confondent sur le principal pour former une majorité contre la troisième.

Mais ce sentiment est en opposition, et avec le texte de l'art. 117 qui dispose généralement pour tous les cas où il y a plus de

chacune un nombre de suffrages supérieur à celui qu'obtiennent les autres opinions. Alors seulement les partisans de ces dernières sont tenus de se réunir à l'une de celles qui dominent, parce qu'alors seulement il leur est libre de faire le choix que l'art. 117 leur attribue, en compensation de la soumission qu'il exige. Mais si toutes les opinions réunissent le même nombre de voix, ou si une seule obtient plus de suffrages que chacune des autres, le choix n'est plus possible, la réunion forcée serait déraisonnable; la loi ne l'exige pas : il y a partage.

C'est ce qu'enseignent, avec plus ou moins de développements, MM. PIGEAU, *Proc., civ.*, liv. II, part. 3e, tit. 1er, art. 3, n° 4, et *Comm.*, t. 1, p. 276 et 277; FAVARD DE LANGLADE, t. 3, p. 152, n° 6; BONCENNE, t. 2, p. 377, et BOITARD, t. 1, p. 412, qui font observer, avec raison, que, s'il n'en était pas ainsi, et que les juges divisés fussent obligés de se réunir à la seule opinion qui domine, ce serait la minorité qui, le plus souvent, formerait le jugement.

M. PONCET, t. 1, p. 190, qui prévoit le cas, dit que l'art. 117 est inapplicable, mais ne consent point à l'application de l'art. 118 : le juge le moins obstiné cédera, dit-il; mais, s'il ne veut pas céder? (*V.* la note ci-dessus, et notre *Quest.* 493 *bis.*)]]

491. *Y aurait-il nullité du jugement qui ne mentionnerait pas qu'il s'est élevé plus de deux opinions, et que les voix ont été recueillies de nouveau?*

La loi n'exige pas plus cette mention que celle du nombre des juges suivant l'avis desquels le jugement est rendu. La décision du tribunal appartient à tous ses membres; elle est censée émaner de tous et de chacun d'eux : si la loi impose de ne rendre jugement qu'à la pluralité, et de retourner aux voix, quand elle n'est pas formée dès le premier tour d'opinions, c'est une obligation dont elle confie l'accomplissement à la conscience des juges, sans leur imposer celle de constater qu'ils s'en sont acquittés. On sent d'ailleurs que les décisions de la justice perdraient quelque chose de leur autorité morale, si les tribunaux étaient obligés à rendre de semblables comptes au public. Il n'y a que le partage que le tribunal doit déclarer, afin d'exécuter les dispositions de l'art. 118.

[[Nous partageons, sans difficulté, cet avis. (*V.* la jurisprudence de l'article 116.)]]

---

deux opinions, et avec l'essence même des décisions judiciaires.

Nous ne croyons pas en effet que les juges puissent décomposer la question qui leur est soumise, et se demander : 1° Y a-t-il lieu d'accorder des dommages? 2° Quelle quotité? Ou bien : 1° Faut-il permettre à Pierre de bâtir sur son terrain? 2° Jusqu'à quelle hauteur?

Ce seraient alors des décisions abstraites qu'ils rendraient, et ils ne doivent en rendre que de purement pratiques.

Il faut en un mot qu'ils donnent une réponse immédiatement applicable à l'objet de la demande : et le système que nous combattons exigerait une combinaison ultérieure d'idées, un travail logique et abstrait, qui ne serait plus le résultat de l'opinion spontanée de chaque juge, et qui fausserait très souvent sa décision (*). *V.*, à l'appui de ces réflexions, deux arrêts de la Cour de cassation, cités sous la *Quest.* 493 *bis.*

Nous pensons donc que, lorsqu'une majorité ne peut pas être formée au moyen de plusieurs opinions qui soient identiquement les mêmes, l'on doit, sans considérer si la diversité porte sur le principal ou sur l'accessoire, appliquer, selon les circonstances, tantôt l'art. 117, tantôt l'art. 118. Notre opinion est partagée par MM. FAVARD DE LANGLADE, t. 3, p. 152, n° 6, et BONCENNE, t. 2, p. 406.]

(*) [*V.* l'ingénieuse dissertation de M. BONCENNE, t. 2, p. 401 à 412, sur la manière la plus rationnelle de poser les questions à juger.]

492. *L'article 117 est-il applicable dans les Cours d'appel, en ce qu'il exige un second tour d'opinions?*

Le doute naîtrait de ce que l'art. 467 répète les termes de l'art. 117, à l'exception de la disposition qui exige un second tour d'opinions. Mais, dit M. MERLIN (*Nouv. Répert.*, au mot *Opinion*, t. 8, p. 701), cette disposition est dans l'esprit de l'art. 467; et l'art. 35 du décret du 30 mars 1808 la rend expressément commune aux Cours d'appel.

[[Il n'y a donc pas de doute possible.]]

ART. 118. En cas de *partage* (1), on appellera pour le *vider* (2), un juge; à défaut du juge, un suppléant (3); à son défaut, un avocat attaché au barreau; et, à son défaut, un avoué; tous appelés selon l'ordre du tableau. L'affaire sera de nouveau plaidée.

[Notre Comm. du Tarif, t. 1, p. 188, n° 3.]—Ordonn. de Louis XII, mars 1498. —Édit de Henri II, février 1549. — Loi du 14 prairial an VI. — Code de proc., art. 468. — Règlement du 30 mars 1808, art. 49. — Loi du 20 avril 1810. — [Notre Dict. géo. de proc., v° *Jugement*, n°s 103 à 107, 111 à 117.— A. D., *eod.*, n°s 79 à 115.—Carré, *Compétence*, 2e part., liv. 1er, tit 3, ch. 5, art. 222, *Q.* 185, éd. in-8°, t 3, p. 213; et 2e part., liv. III, tit. 6, ch. 2, art. 510, n° CCLVII, à la note, t. 8, p 124. — Locré, t. 21, p. 270, n° 14; p. 352, n° 12, et p. 420, n° 72.—QUESTIONS TRAITÉES : Quand peut-on dire qu'il y a partage? *Q.* 493.— Lorsque les juges ont à statuer sur deux chefs de demande connexes, ou sur deux moyens présentés à l'appui du même chef, peuvent-ils rejeter l'un définitivement et déclarer partage sur l'autre? *Q.* 493 *bis.* — Faut-il déclarer publiquement le partage? Faut-il énoncer les diverses opinions et les motiver? *Q.* 493 *ter.* — Les parties peuvent-elles former de nouvelles demandes et faire de nouveaux actes d'instruction entre le jugement de partage et celui qui doit le vider? *Q.* 493 *quater.* — Si l'on ne suivait pas l'ordre prescrit par l'art. 118 pour appeler un juge, à son défaut un suppléant, etc., le jugement qui interviendrait serait-il nul? le serait-il aussi s'il ne constatait pas les causes d'empêchement? *Q.* 494. — Lorsqu'un tribunal appelle un avocat pour vider un partage, peut-il appeler le plus ancien des membres du barreau présents à l'audience, sans avoir fait avertir le plus ancien, d'après l'ordre du tableau? *Q.* 494 *bis.*—Comment, à défaut de suppléants, viderait-on un partage dans un tribunal de commerce? *Q.* 495.—Les juges partagés doivent-ils voter avec le juge départiteur, en sorte qu'ils puissent respectivement abandonner les opinions qu'ils auraient émises lors du partage, et rendre, avec le juge, une décision fondée, soit sur l'une de ces opinions, soit sur une nouvelle? *Q.* 496. — Dans le cas où, soit par décès, soit par maladie ou autre empêchement, un des juges qui auraient concouru au partage d'opinions ne pourrait assister à la seconde plaidoirie, comment procèdera-t-on? *Q.* 497.—Le juge départiteur ne peut-il connaître que de la seule question sur laquelle il y a eu partage? *Q.* 498. — Si l'affaire a été instruite par écrit, comment appliquera-t-on l'art. 118? *Q.* 499. — En cas de partage, les juges seraient-ils autorisés, pour éviter une seconde plaidoirie, à soumettre, ainsi qu'il était autrefois usité en certains ressorts, la question à un autre juge ou au tribunal assemblé? *Q.* 500.] V. *infrà*, p. 583, *Q.* 493 *quinquies.*

LXXXIV. Il n'y avait rien de fixe autrefois sur la manière de vider les partages. Dans certains ressorts, l'on appelait un gradué pour départiteur; en d'autres, on appointait l'affaire, ou l'on renvoyait à une autre Chambre, et souvent, comme dans les présidiaux, à un autre tribunal. Une loi du 14 prairial an VI ordonna l'adjonction de trois juges; mais cette mesure devint incompatible avec l'organisation judiciaire établie par la loi du 27 vendémiaire an VIII. De là un avis du Conseil d'État, qui autorisa à appeler un *homme de loi*, et c'est sur cet avis qu'est calqué l'art. 118; en disposant aussi contrairement que la cause serait de *nouveau plaidée*, ce qui doit être observé, à la différence de l'ancien usage, dans le cas même où celui qui serait appelé au partage aurait assisté à toutes les précédentes audiences. En effet, comme il n'y

---

(1) *Partage. V.* le commentaire sur l'article précédent et la 490e *Quest.*

(2) *Vider.* En termes de jurisprudence, *vider* c'est terminer une opération. *Vider* un partage, c'est le faire cesser, au moyen de l'avis prépondérant du départiteur.

(3) Ou un auditeur, pourvu qu'il ait voix délibérative.

a pas assisté comme juge, il n'est pas présumé avoir donné aux plaidoiries toute l'attention nécessaire. (*Rapp. au Corps législ.*)

[[C'est ce qu'a jugé avec raison la Cour de Paris, le 19 mars 1816 (*J. Av.*, t. 15, p. 122), et ce qu'enseignent MM, BERRIAT SAINT-PRIX, p. 250. not. 27; FAVARD DE LANGLADE, t. 3, p. 152, n° 7; THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 234; BONCENNE, t. 2, p. 417, et BOITARD, t. 1, p. 419.

M. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 281, dit néanmoins que, s'il s'agissait d'un juge auditeur ou d'un suppléant, qui aurait assisté aux plaidoiries en cette qualité, sans avoir voix délibérative, il pourrait, le cas de partage survenant, intervenir, s'il y était appelé par l'ordre du tableau, à la délibération, sans nouvelle plaidoirie.

Quoique cet avis puisse s'appuyer de raisons spécieuses, il ne nous paraît pas conforme au vœu de la loi.]]

493. *Quand peut-on dire qu'il y a partage?*

C'est, d'après ce qui a été établi sur la 490e *Question*, toutes les fois qu'il y a égalité de voix pour un avis; et cela peut arriver lorsque les juges sont en nombre impair, comme dans le cas où ils se trouveraient en nombre pair. Cependant M. COMMAILLE dit, t. 1, p. 177, « qu'on sent qu'il ne peut y avoir « partage que quand les juges sont en nombre pair, et qu'il est impossible « qu'il y en ait quand ils sont en nombre impair. » Les auteurs du *Commentaire du Code de procédure*, inséré dans les *Annales du Notariat*, disent la même chose, t. 1, p. 233. Il est vrai que cette pensée se présente naturellement à l'esprit, quand on ne s'attache qu'au sens ordinaire du mot *partage;* mais si on réfléchit que, sur trois juges, chacun peut avoir une opinion différente; que l'un, par exemple, peut vouloir donner gain de cause à une partie; l'autre la condamner; le troisième ordonner un interlocutoire; aucune opinion ne réunissant la pluralité, et deux opinions n'étant pas émises par un plus grand nombre de juges, il y a nécessairement partage dans le sens de la loi, puisqu'il y a égalité de voix pour un avis. Il peut arriver la même chose dans un tribunal jugeant en nombre pair : chaque juge pourrait avoir une opinion particulière, comme la moitié des juges pourrait émettre un avis opposé à l'avis de l'autre moitié. Dans tous les cas, il faut appliquer l'art. 118. (*V.* DEMIAU-CROUZILLAC, p. 101.)

[[On peut donner beaucoup d'exemples de cas où un tribunal, composé de juges en nombre impair, sera néanmoins forcé de déclarer partage. Qu'on prenne d'abord ceux qui ont été cités à la note de la *Quest.* 490, et que, contrairement à l'opinion de quelques auteurs, nous avons décidé, avec M. Carré, devoir donner lieu à partage.

Mais en voici sur lesquels la contestation n'est pas possible.

Pierre réclame de Jean un immeuble que celui-ci détient; chacun d'eux prétend que cet immeuble est sa propriété. Mais Jacques intervient dans l'instance, et soutient, à son tour, que c'est à lui que l'immeuble appartient. Un juge se prononce pour Pierre, un pour Jean, un pour Jacques. S'il n'y a que trois juges, il y a évidemment partage, car on ne prétendra pas qu'une décomposition de la question puisse amener à une majorité quelconque.

Et, en supposant cinq juges, ne peut-on pas supposer aussi cinq ou seulement quatre contendants, ayant des intérêts directement opposés. Deux juges, si l'on veut, donnent gain de cause au premier; mais chacun des trois autres obtient un suffrage. Il n'y aura pas encore de majorité possible. (*V.* la *Quest.* 490.)

Un individu pourvu d'un conseil judiciaire, et propriétaire d'une rente sur l'Etat, la vend à l'insu de celui qui doit l'assister même pour toucher un capi-

tal mobilier ; il dépense l'argent qu'il a reçu de son agent de change. Quelque temps après il actionne le trésor pour lui payer de nouveau la rente qu'il n'avait pas qualité pour vendre, et il appelle en cause son agent de change, et l'acquéreur de sa rente, pour voir dire qu'ils sont tenus, l'un ou l'autre, de rembourser le prix de sa rente, dans le cas où le trésor serait déchargé de son action. Assignation devant un tribunal composé de trois juges. L'un veut condamner l'agent de change, l'autre le trésor, et le troisième l'acquéreur. Aucun d'eux ne veut sacrifier son opinion à celle de son collègue : quelle autre voie peut-on suivre que celle qui est indiquée dans le cas de partage?

Cependant les Cours d'Aix, le 22 novembre 1825 (*J. Av.*, t. 32, p. 21), et de Toulouse, le 20 novembre 1835 (*J. Av.*, t. 50, p. 121), ont jugé qu'il ne pouvait pas y avoir partage dans un tribunal composé de trois juges.

Le mot de partage, dit la première, s'entend de l'égalité de suffrages entre deux opinions, parce que, si l'on pénètre l'intention du législateur, on se convaincra que toutes les questions d'un procès, bien posées, peuvent et doivent se réduire à deux opinions.

Ce motif est réfuté par la loi elle-même qui, dans son art. 117, suppose la possibilité de plus de deux opinions.

La Cour de Toulouse décide que les juges doivent, en pareil cas, user de tempéraments pour obtenir une majorité, par exemple, faire céder l'avis des plus jeunes à la pensée des anciens. Mais, de partage, elle n'en conçoit pas ; car le juge qui serait appelé pour départager ne pourrait que se réunir à l'une des trois opinions, sans lui donner la majorité, sans vider le partage, en sorte qu'une troisième, une quatrième instruction deviendrait peut-être nécessaire.

L'expédient conseillé par la Cour de Toulouse, quoique admis dans la pratique de l'ancienne jurisprudence, est en dehors de la loi, d'où il suit qu'on ne pourra jamais forcer le juge, convaincu de la justesse de son opinion, à s'y soumettre. Quant à l'inconvénient qu'elle signale, nous ferons remarquer qu'il peut se présenter aussi dans le cas d'un partage entre deux opinions, et qu'il est toujours facile d'y remédier ; il peut arriver, en effet, qu'après l'adjonction du juge départiteur un de ceux qui avaient concouru au jugement de partage vienne à décéder ou à être empêché ; si l'opinion qu'il avait adoptée devient celle du départiteur, il y aura encore partage.

Si, dans ce cas, l'on passe à une troisième instruction, pourquoi ne le ferait-on pas dans l'autre ?

Cependant comme l'esprit de la loi est de terminer les procès avec le moins de retard possible, il nous semble qu'on peut trouver dans ses dispositions le moyen d'abréger ces lenteurs.

Quoique l'art. 118 prescrive d'appeler un juge, et l'art. 468 un ou plusieurs juges en nombre impair, nous croyons que, lorsque l'appel de deux juges, ou d'un nombre pair de juges, paraîtra le moyen le plus probable de vider promptement le partage, rien ne s'opposera à ce qu'il soit ainsi procédé. Les articles précités ne disposent en effet que pour les cas généraux, pour ceux qui se présentent le plus fréquemment, pour ceux où la division existe entre deux opinions seulement, et voilà pourquoi ils appellent toujours les départiteurs en nombre impair ; mais, du moment qu'il est admis que le partage peut avoir lieu entre trois, entre cinq, etc., ce serait mal interpréter la loi que de lui faire refuser le moyen le plus direct et souvent le seul possible d'arriver à une solution. C'est l'avis de MM. PONCET, t. 1, p. 192; PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 282; FAVARD DE LANGLADE, t. 3, p. 152, n° 7; THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 233, et BONCENNE, t. 2, p. 419; il a été consacré par un arrêt de la Cour de cassation du 12 avr. 1810 (*J. Av.*, t. 15, p. 85), et adopté par M. Carré, *infrà*, sur la *Quest.* 497,

Il est vrai que leur solution ne s'applique qu'au cas du décès de l'un des juges, mais quel motif de ne pas l'étendre à l'espèce que nous avons supposée?

Au reste, presque tous les auteurs conviennent que le partage peut exister entre trois et plusieurs opinions, dans un tribunal composé d'un nombre impair de juges : tels sont MM. PIGEAU, *Pr. civ.*, liv. 2, part. 3, tit. 1er, art. 4, n° 1, et *Comm.*, t. 1, p. 277 ; FAVARD DE LANGLADE, t. 3, p. 152, n° 6 ; BONCENNE, t. 2, p. 378 ; et BOITARD, t. 1, p. 417.]] **Supp.**, p. 123.

[[**493** bis. *Lorsque les juges ont à statuer sur deux chefs de demandes connexes, ou sur deux moyens présentés à l'appui du même chef, peuvent-ils rejeter l'un définitivement, et déclarer partage sur l'autre?*

Non, parce que la cause ne se présenterait plus devant le juge départiteur dans le même état où elle avait d'abord été plaidée, parce que le prétendu jugement définitif, que l'on rendrait sur l'un des chefs, ou sur l'un des moyens, n'aurait aucun résultat pratique ; qu'il n'y aurait rien de terminé dans le procès, si ce n'est la décision d'un point de fait ou de droit, décision impuissante à l'égard de l'objet même du procès, décision oiseuse et qui n'a jamais été le but de l'institution des tribunaux, puisque ceux-ci ont pour mission de terminer des constestations. (*V.* nos observations à la note de la *Quest.* 490.)

Notre solution a été formellement consacrée par la Cour de cassation, le 12 mars 1834 (*J. Av.*, t. 46, p. 191), dans une espèce où les magistrats avaient rejeté l'un des deux moyens, en déclarant partage sur l'autre, et, le 13 février 1837 (*J. A.*, t. 52, p. 315, et *J. P.*, t. 1, de 1837, p. 317), dans une espèce où ils avaient traité de la même manière deux chefs de demande dont la connexité était évidente.

Il faudrait décider autrement si les deux chefs de demande étaient parfaitement distincts, en sorte qu'une décision parfaite pût exister à l'égard de l'un, sans influer sur celle de l'autre, et sans en dépendre : par exemple, le tribunal pourrait rejeter une exception par un premier jugement, et, par un second, déclarer partage sur le fond ; ceci résulte encore d'un arrêt de la Cour de cassation du 23 novembre 1835 (*J. Av.*, t. 50, p. 123.)]]

[[**493** ter. *Faut-il déclarer publiquement le partage? Faut-il énoncer les diverses opinions et les motiver?*

M. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 279, répond négativement sur la première question par le motif que la loi n'exige pas la publicité de l'audience, comme pour les jugements en général; et, dans sa *Proc. civ.*, liv. 2, part. 3e, titre 1er, art. 4, n° 2, il répond affirmativement sur la seconde, parce que, dit-il, le départiteur qui doit se réunir à l'une ou à l'autre des deux opinions a besoin de les connaître et d'en connaître les motifs.

Ces deux avis nous semblent d'abord contradictoires, le premier suppose qu'il n'y a pas de jugement à prononcer, le second qu'on doit en prononcer un.

Nous ne pouvons d'ailleurs adopter ni l'un ni l'autre; le premier, parce qu'il faut bien que les parties soient prévenues de l'obstacle qui empêche le jugement de leur cause, et de la nécessité où elles seront de recommencer les plaidoiries ; le second parce que ces plaidoiries et la discussion qui les suivra feront suffisamment connaître au départiteur, et les diverses opinions entre lesquelles il doit choisir, et les motifs qu'on fait valoir en leur faveur.

Quant au jugement qui prononce le partage, il réunit, dans ce mot même de *partage*, et ses motifs et son dispositif.

Enfin, dit M. Pigeau, l'une des deux opinions devant devenir le jugement

définitif, il faut bien qu'elle soit motivée : n'y sera-t-on pas à temps, répondrons-nous, lorsque ce dernier jugement sera rendu?]] **Supp. alph.**, v° *Jugement*, n. 36.

[[**403** quater. *Les parties peuvent-elles former de nouvelles demandes, et faire de nouveaux actes d'instruction, entre le jugement de partage et celui qui doit vider?*

Non, dit avec raison M. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 281, parce que tout instruction a dû être close au moment où le jugement de partage a eu lieu, et que l'affaire doit se présenter, devant les juges départiteurs, dans le même état où elle était lors de ce partage. C'est en effet ainsi que l'a jugé la Cour de Nîmes, le 22 fév. 1812 (*J. Av.*, t. 12, p. 396).]] **Supp. alph.**, n. 46.

Supp. alph., v° *Jugement*, n. 47 et 48. *Le jugement de partage doit-il être expédié et signifié?*

494. *Si l'on ne suivait pas l'ordre prescrit par l'art.* 118, *pour appeler un juge, à son défaut un suppléant, etc., le jugement qui interviendrait serait-il nul?* [[*Le serait-il aussi s'il ne constatait pas les causes d'empêchement?*]]

Il résulte évidemment, des termes de l'art 118, que, tant qu'il est possible d'appeler un juge, on ne peut pas recourir à un suppléant, et qu'il en est de même de l'avocat à l'avoué. Il nous semble que l'on doit conclure de là que, si l'on ne suivait pas cet ordre, ou qu'en appelant soit un avocat, soit un avoué, l'on n'eût pas eu égard à leur rang d'ancienneté, et il y aurait nullité, parce que le jugement serait rendu par un juge sans caractère. (*V.* DELAPORTE, p. 126, et le *Comm*, inséré aux *Ann. du not.*, t. 1, p. 234.)

[[Il était bon que, dans une cause où les magistrats ont vu assez de difficulté pour ne pouvoir s'accorder à rendre un jugement, les précautions les plus minutieuses fussent prises afin d'assurer aux parties l'impartialité du juge entre les mains duquel leur sort était remis. Il ne fallait pas que le choix en fût laissé à l'arbitraire, de peur qu'il ne fût attribué à la connaissance anticipée qu'on pouvait avoir de l'opinion de ce juge sur la question à décider.

Voilà pourquoi la loi a indiqué avec précision les personnes qui devraient être appelées à vider le partage, et l'ordre à observer pour recourir de l'une à l'autre, en cas d'empêchement des premières; voilà pourquoi aussi la jurisprudence a toujours regardé ces dispositions comme d'ordre public, et s'est montrée sévère, non-seulement pour leur accomplissement, mais encore pour la constatation de cet accomplissement.

Le jugement, comme nous l'avons déjà dit, doit porter en lui-même la preuve de l'observation de toutes les formalités essentielles à sa validité : il faut donc qu'il indique la qualité des personnes appelées à vider le partage, conformément à la loi, et, dans le cas d'empêchement de celles qui auraient dû l'être de préférence, qu'il fasse mention de cet empêchement et des causes qui le légitiment; c'est ce qu'enseignent MM. FAVARD DE LANGLADE, t. 3, p. 153; THOMINE DESMAZURES, t. 1, p, 233, et BOITARD, t. 1, p. 419, et ce qu'a jugé la Cour de cassation, par deux arrêts du 4 juin 1822(*J. Av.*, t. 28, p. 217, 2e et 3e espèces), et par un troisième du 2 avril 1838 (*J. Av.*, t. 55, p. 429, et *J. P.*, t. 2 de 1838, p. 6).

Malgré l'opinion de M. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. p. 279, il n'y a donc pas présomption légale, en cas de silence du jugement sur ce point, que la loi a été respectée, et que les empêchements légitimes existaient; on ne pourrait pas même avoir égard, pour l'établir, à des certificats émanant, soit du premier président, soit du greffier de la Cour, soit du magistrat empêché, lui-même; c'est la décision du dernier des arrêts précités. Il faut que le tout soit constaté par le jugement, ou tout au moins par des documents publics et authentiques, tels que le registre de congé et le registre de pointe tenus au greffe;

Cass., 11 avril 1825 (*J. Av.*, t. 28, p. 215, 1re espèce), et 2 avril 1838 (*J. Av.* t. 55, p. 430, 2e espèce) (1).

Il résulte aussi de tous ces arrêts que l'irrégularité provenant d'une violation de l'art. 118 peut être proposée, en appel, contre un jugement de première instance, et en cassation, contre un arrêt de Cour royale, quoiqu'elle ne l'ait pas été, soit devant les premiers juges eux-mêmes, soit devant la Cour; mais la Cour de Paris a jugé le contraire, le 3 avril 1811 (*J. Av.*, t. 15, p. 94).

Cet arrêt nous paraît évidemment mal rendu; la partie n'a pas le droit de prescrire au juge tel ou tel mode de procéder, et on ne peut pas dire qu'il y ait acquiescement de sa part à une mesure que le tribunal peut adopter sans son consentement.

Néanmoins, si ce consentement a été donné d'une manière expresse, il ne serait plus possible de se plaindre de l'irrégularité, comme l'a jugé la Cour de cassation, le 22 mai 1832 (*J. Av.*, t. 43, p. 531), dans l'espèce d'un jugement où, après avoir appelé un avocat pour vider le partage le tribunal s'était aperçu qu'un avocat plus ancien était présent; mais les parties avaient consenti à ce que les plaidoiries fussent continuées devant celui qui était déja monté sur le siége.]] **Supp. alph.**, v° *Jugement*, n. 37 et 38.

[[**494** bis. *Lorsqu'un tribunal appelle un avocat pour vider un partage, peut-il appeler le plus ancien des membres du barreau présents à l'audience, sans avoir fait avertir le plus ancien d'après l'ordre du tableau?*

Le 22 mai 1832 (*J. Av.*, t. 43, p. 551), la Cour de cassation a *préjugé* l'affirmative; nous disons *préjugé*, parce que l'acquiescement dont nous avons parlé en examinant la *Quest.* 494, avait couvert toute nullité, ainsi que la Cour elle-même l'a reconnu.

Devant la Cour suprême, notre ancien et honorable confrère, Me Lacoste, traita en ces termes la question dans un mémoire imprimé : « On a opposé que l'esprit de la loi indiquait que c'était le plus ancien des avocats présents, parce que, s'il fallait aller chercher le plus ancien du tableau, la justice serait suspendue, la loi serait d'une exécution difficile, etc., et on a rappelé qu'autrefois, et d'après un décret antérieur au Code de procédure civile, cela se pratiquait ainsi.

« Telles sont, en substance, les seules raisons par lesquelles on a combattu le premier moyen.

« Mais le texte formel de la loi se prête-t-il à cette interprétation? Le législateur a dit positivement qu'on appellerait.... *l'avocat le plus ancien selon l'ordre du tableau.* Cette disposition est absolue; elle ne peut s'entendre des avocats présents à l'audience, puisque la loi ne s'en explique pas.

« Tel était pourtant l'ancien usage, nous dit-on!

« Eh! c'est précisément parce que l'ancien usage était différent de ce que la nouvelle loi prescrit, qu'il faut voir dans cette opposition une dérogation formelle à ce qui existait auparavant.

« Cette dérogation ne résulte pas seulement du Code de procédure, elle est écrite dans le décret du 13 mars 1804, et dans celui de 1808.

« On a parlé de l'esprit de la loi; mais c'est précisément en le consultant que nous justifierons la rigueur de sa disposition.

---

(1) [Lorsqu'il ne s'agit pas de vider un partage, mais seulement de compléter une chambre, la jurisprudence est beaucoup moins exigeante; elle admet, jusqu'à preuve contraire, la présomption légale de la légitimité des empêchements. *V.* notre *Dictionn. gén. de procéd.*, v° *Jugement*, nos 394 à 426. *V.* aussi notre *Quest.* 588.]

« Lorsqu'il y a partage d'opinions, c'est une preuve que la question est grave, et dès lors l'intérêt des parties exige une garantie de plus. Dans cette position, s'abandonnera-t-on au hasard? Si à l'audience il ne se trouve que de jeunes avocats, de jeunes avoués, n'ayant encore que peu d'expérience, faudra-t-il que les parties, que les magistrats eux-mêmes se soumettent à l'ignorance possible de ce nouveau juge?

« Que l'on y prenne garde : le départiteur appelé à vider le partage, n'est pas seulement le juge de la cause, il est le juge du tribunal, et lui seul décide de tout le procès. Aussi la loi a dû déférer ce droit, autant que possible, à l'homme le plus expérimenté, dont les lumières fussent une garantie pour les justiciables, et un sujet de considération pour le tribunal.

« Ainsi se justifie l'esprit de la loi, et l'on voit qu'il est parfaitement d'accord avec le régime de la lettre.»

La défense présentée par le savant jurisconsulte, Me Dalloz, ne manquait pas de force ; il invoquait l'ancien usage du Parlement et du Châtelet, ainsi qu'un avis du conseil d'Etat du 17 germinal an 9, sur lequel dit M. MERLIN, *Répertoire*, v° *Partage d'opinions*, § 1er, l'art. 118 a été calqué. Voici les motifs de cet avis : « Autrefois on faisait monter sur le siége un gradué ou un praticien *présent à l'audience*, ce qui dispensait de recommencer les plaidoiries. On voit donc que, lors même que les tribunaux auraient de la répugnance à prendre un départiteur parmi les hommes de loi ou avoués qui auraient assisté à l'audience et entendu les plaidoiries, ce qui *serait pourtant le plus sage parti pour prévenir* les retards et les frais, il pourront toujours compter sur le secours d'un juge ou d'un suppléant, pour faire marcher la justice. »

Nous ne sommes nullement touché de cette considération que l'intérêt d'une prompte justice doit faire embrasser cette opinion. Nous concevons que, pour compléter une Cour ou un tribunal, dans les cas ordinaires, on fasse monter sur le siége les avocats ou avoués présents, parce qu'en réalité, faire autrement ce serait interrompre l'administration de la justice. Mais les partages sont fort rares, c'est chose grave : *aucune considération*, selon nous, ne doit faire fléchir la disposition formelle de l'art. 118 du Code de procédure.]]

495. *Comment à défaut de suppléants, viderait-t-on un partage dans un tribunal de commerce?*

Cette question se trouve résolu par l'art. 4 du décret du 6 août 1809, qui organise les tribunaux de commerce. Cet article est ainsi conçu : « Lorsque, « par des récusations ou des empêchements, il ne reste pas dans les tribunaux « de commerce un nombre suffisant de juges ou de suppléants, ces tribunaux « sont complétés par des négociants pris sur la liste formée en vertu de l'article « 619 du Code de commerce, et suivant l'ordre dans lequel ils y sont portés, « s'ils ont d'ailleurs les qualités requises par l'article 620.»

496. *Les juges partagés doivent-ils voter avec le juge departiteur, en sorte qu'ils puissent respectivement abandonner les opinions qu'ils auraient émises lors du partage, et rendre avec ce juge une décision fondée, soit sur l'une de ces opinions, soit sur une nouvelle?*

M. PIGEAU, t. 1, p. 467, et M. LEPAGE, dans ses questions, p. 131, s'étaient prononcés pour l'affirmative. Cependant cette opinion était encore controversée, et un usage contraire s'était établi dans quelques tribunaux. Cet usage a été définitivement proscrit par arrêt de la Cour de cassation du 12 avril 1810. (*S.*, t. 10, p. 234 et *J. Av.*, t. 15, p. 85). (1)

(1) Au surplus, le ministre de la justice, consulté sur cette question par un de MM. les conseillers de la Cour royale de Rennes lui a répondu comme suit, le 28 mai 1810.

[[Cet arrêt, qui est aussi rapporté au *J. Av.*, t. 15, p. 85, ne décide pas la question, quoiqu'elle eût été soumise à la Cour suprême; mais la solution que M. Carré lui attribue est juste et universellement adoptée. On la retrouve notamment dans MM. MERLIN, *Questions de Droit*, t. 4, p. 536; PIGEAU, *Proc. civ.*, liv. II, part. 3e, tit. 1er, art. 4, n° 5, et *Comm.*, t. 1, p. 282; FAVARD DE LANGLADE, t. 3, p. 152, n° 7; THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 234, et BONCENNE, t. 2, p. 414.

En effet, l'affaire doit être de nouveau discutée, et il n'est pas impossible, il est probable même que les secondes plaidoiries, les lumières apportées dans la délibération par le départiteur, jettent sur la difficulté un nouveau jour, et modifient les opinions des juges : aussi n'est-il pas rare que le jugement rendu après partage le soit à l'unanimité ou à une grande majorité.]]

497. *Dans le cas où, soit par décès, soit par maladies ou autre empêchement, un des juges qui auraient concouru au partage d'opinions ne pourrait assister à la seconde plaidoirie (ou au second rapport,* Voy. la 499e Question), *comment procédera-t-on?*

On devra le faire remplacer par un nouveau juge, et l'on ne pourra avoir égard à l'opinion qu'il aurait pu émettre. Dans ce cas, deux juges nouveaux se trouveront appelés à concourir au jugement, savoir : celui qui remplacera le juge décédé ou empêché, et celui qui sera appelé pour vider le partage d'opinions. (*V.* arrêt du 12 avril 1810, cité sur la présente question.)

[[Nous avons déjà donné notre assentiment à cette opinion. (*V.* nos observations sur la *Quest.* 493.)

Si on ne faisait pas remplacer le juge absent, le tribunal se retrouverait en même nombre, et le partage serait encore possible.

Il ne pourrait, au reste, se trouvant réduit par l'empêchement de l'un de ses membres à un nombre où le partage n'est pas à craindre, se dispenser d'appeler le départiteur, et faire sans lui le jugement.

Car, un fois le partage déclaré, il y a présomption que la question est douteuse, qu'elle mérite un nouvel examen, l'adjonction de nouvelles lumières.

Or, en agissant comme on vient de le supposer, bien loin d'appeler de nouveaux éclaircissements, le tribunal se priverait d'une partie de ceux qu'il aurait eus d'abord. C'est ce qu'a jugé la Cour de Paris, le 30 juillet 1811 (*J. Av.*, t. 15, p. 97), et ce qu'enseignent MM. THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 233, et BONCENNE, t. 2, p. 419).

Encore moins pourrait-on se dispenser d'appeler, pour vider le partage, les

---

« Je crois que l'opinion du juge n'est invariablement fixée que par le jugement; « tant qu'il n'est pas rendu, il doit lui être « permis de reconnaître son erreur. La « même disposition qui porte qu'en cas de « partage il sera appelé, pour le vider, un ou « plusieurs juges, et toujours en nombre « impair, dit en même temps que l'affaire « *sera plaidée de nouveau*, et *jugée à la pluralité des voix*. Tous les juges qui assistent « à la nouvelle plaidoirie ont donc incontestablement le droit de concourir au jugement, et par suite celui de donner l'opinion qui leur paraît la plus convenable. « Ce ne sont pas les départiteurs seuls qui « jugent, mais bien le tribunal entier, y « compris les départiteurs, qui ne sont appelés que pour empêcher un nouveau partage, et déterminer le jugement. C'est « ainsi que la Cour de cassation, dans les « partages qui ont eu lieu, l'a constamment « pratiqué; elle vient d'ailleurs de juger la « question par un arrêt que l'on trouve dans « le journal de ses audiences. » (V. *Journ.* des arrêts de la Cour de Rennes, t. 1er, p. 148; la loi du 14 prair., an VI; l'avis du conseil d'État, approuvé le 17 germ. an XI, et le *Nouv. Répert.*, au mot *Partage d'opinions*, t. 9, p. 62.)

conseillers qui, après avoir concouru à l'arrêt qui l'aurait déclaré, seraient passés dans une autre chambre par l'effet du roulement ; Cass., 15 juillet 1829 (*J. Av.*, t. 37, p. 154). *V.* nos *Quest.* 479 et 486 *bis.*]] Supp. alph., v° *Jugement*, n. 42.

498. *Le juge départiteur ne peut-il connaître que de la seule question sur laquelle il y a eu partage?*

Le juge, ou l'homme de loi, appelé afin de départager le tribunal, doit concourir non-seulement au jugement de la question sur laquelle le partage s'est élevé, mais encore de tous les incidents qui surviendraient par suite de cette question, et même de toutes les autres questions qui y seraient connexes, et qu'on ne pourrait séparer de la première qu'en s'exposant à des partages ultérieurs, à raison de l'influence que pourrait avoir, sur leur décision, l'opinion des juges partagés sur le point principal.

C'est d'ailleurs ce qui a été décidé par plusieurs arrêts de la Cour de cassation, rapportés par M. MERLIN, dans son *Recueil de Questions de Droit*, au mot *tribunal d'appel*, § 5. (*V.*, entre autres, l'arrêt du 15 messidor an XI ; *S.*, t. 4, 2e part., p. 40.)

[[Ce sont notamment les arrêts des 23 pluviôse et 25 messidor an XI (*J. Av.*, t. 15, p. 60). Cette solution, qui résulte de ce que nous avons dit sous la *Quest.* 493 *bis*, est adoptée par MM. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 281 ; FAVARD DE LANGLADE, t. 3, p. 153, n° 7, et BONCENNE, t. 2, p. 417.

« S'il en était autrement, a dit la Cour de cassation, les juges partagés pourraient trouver le moyen de revenir indirectement sur le partage, de se reconstituer juges exclusifs du différend, et d'enlever aux parties le droit qui leur a été irrévocablement acquis, d'avoir d'autres juges que ceux qui avaient déjà émis leur opinion. »

Ne s'exposerait-on pas d'ailleurs, à cause de la connexité entre les diverses questions, à retomber dans de nouveaux partages, comme le fait judicieusement observer M. Boncenne?]]

499. *Si l'affaire a été instruite par écrit, comment appliquera-t-on l'art.* 118?

On l'appliquera [[évidemment]] en recommençant le rapport. (*Arg.* de l'art. 468.)

500. *En cas de partage, les juges seraient-ils autorisés, pour éviter une seconde plaidoirie, à soumettre, ainsi qu'il était autrefois usité en certains ressorts, la question à un autre juge ou au tribunal assemblé?*

M. Demiau-Crouzilhac, après avoir dit que lorsque trois juges ont chacun un avis différent, c'est comme s'il y avait partage, et que l'art. 118 indique la manière de le vider, ajoute qu'en ce cas les juges s'accordent pour soumettre la question à un autre juge ou au tribunal assemblé; ce qui, dit-il, est très bien imaginé. Mais, comme les juges ne peuvent laisser les parties dans l'incertitude, s'il n'est pas possible de faire ainsi vider le partage de suite, l'auteur estime que l'on doit rendre jugement de renvoi au Conseil, et indiquer la première audience pour entendre prononcer le jugement définitif. La feuille d'audience serait chargée de cette décision purement préparatoire.

Nous convenons que ce parti présente l'avantage d'économiser les frais, et d'éviter les retards d'une seconde plaidoirie; mais nous ne croyons pas que la loi autorise les juges à le prendre; les parties elles-mêmes pourraient en souffrir préjudice, en ce que le juge auquel ses collègues soumettraient la décision qui les divise, ne pourrait la décider avec entière connaissance de

cause, et si nous avons dit, au Commentaire LXXXIV, qu'on ne pourrait appeler à vider le partage, sans recommencer la plaidoirie, une personne qui aurait assisté à toutes les audiences précédentes, à plus forte raison doit-on proscrire l'usage où seraient les tribunaux de suivre la marche indiquée par M. Demiau. On donne un nouveau juge aux parties ; la loi a indiqué quel sera ce juge, et comment il procédera au jugement ; elle a donné aux parties le droit de s'expliquer devant lui ; il ne dépend point des autres juges de les en priver. Au reste, si les nouvelles plaidoiries ont pour inconvénient d'augmenter les frais et de retarder les décisions, cet inconvénient, comme le dit M. THOMINE, p. 99, est souvent utile pour attirer plus d'attention sur la cause, ou sur des points de droit douteux. Or, peut-il appartenir aux juges partagés de décider que les parties doivent placer cet avantage des plaidoiries nouvelles au-dessous des frais et des lenteurs qu'elles entraînent ?.... Nous croyons, par ces motifs, que, dans tous les cas où il y a partage, ou division équivalente à partage, l'art. 118 doit être exécuté dans toute son étendue (1).

[[C'est aussi notre opinion. *V.* nos observations au Commentaire LXXXIV.]]

ART. 119. Si le jugement ordonne la comparution des parties, il indiquera le jour de la comparution.

[Notre Comm. du Tarif., t. 1, p. 329 et 330. nos 37 à 41.]—V. ci-après le titre de l'interrogatoire sur faits et articles. — [Notre Dict. gén. de proc., vis *Cassation*, no 92 ; *Interrogatoire*, nos 49 et 59 ; *Opposition à mariage*, no 7. — QUESTIONS TRAITÉES : le jugement qui ordonne la comparution des parties en personne est-il dans la classe des jugements préparatoires ? *Q.* 501.—Le jugement qui ordonne la comparution doit-il être levé et signifié ? Peut-on interroger les parties séparément, ou ordonner la comparution d'une seule ? *Q.* 502.—Quels sont les effets du défaut de comparution, particulièrement lorsqu'elle est ordonnée dans une cause où la preuve testimoniale ne serait pas admissible ? *Q.* 502 *bis*.—Les juges ont-ils un pouvoir discrétionnaire pour admettre ou rejeter une demande en comparution de parties ? *Q.* 502 *ter*.] V. *infrà*, p. 597, Q. 502 *quater*.

LXXXV. L'ancienne législation n'autorisait les juges à ordonner la comparution des parties en personnes que dans les matières commerciales. Cependant cette mesure, dont l'objet est de procurer au magistrat des renseignements souvent indispensables dans les affaires qui gisent en faits, se pratiquait en matière purement civile, d'après un usage fondé sur la raison, qui veut que le juge puisse disposer de tous les moyens possibles de découvrir la vérité, et sur ce principe général tiré des lois romaines, *cui jurisdictio data est, ea quoque censentur concessa, sine quibus jus dicere non potest*. L. 2, tit. 1er, ff. *de Jurisdictione*.

Aujourd'hui le Code autorise tous les tribunaux à ordonner la comparution lorsqu'ils le jugent convenable, et ils le peuvent, soit d'office, soit sur la demande des parties. Ainsi, quoiqu'elles soient obligées d'employer le ministère des avoués, qui les représentent, elles ne peuvent refuser à la justice de s'expliquer personnellement sur un fait, afin d'éclaircir un doute qui peut suspendre la décision.

[[Cependant il a été mis en doute si la voie de la comparution personnelle

(1) On pourrait cependant tenter d'appuyer l'opinion contraire d'un arrêt de la Cour de cassation du 19 ventôse an XII, lequel a décidé qu'une chambre d'une Cour qui a déclaré partage, eût pu, dans la circonstance où, depuis cette déclaration, un des membres qui a concouru est appelé à d'autres fonctions, renvoyer l'affaire à une autre chambre. (S., t. 3, 2e part., p. 109.) Mais évidemment on ne peut suivre cette forme de procéder sous l'empire du Code actuel, qui, en matière de partage, prescrit, art. 118 et 468, une tout autre forme de procéder.

[V. nos observations sous la *Quest.* 497.

était légale devant les tribunaux civils, même sous l'empire de l'art. 119 du Code de procédure civile; la Cour de Bruxelles, le 14 mars 1827 (*J.* de cette Cour, t. 2 de 1827, p. 278), n'a pas cru devoir résoudre ce doute d'une manière tranchée.

L'arrêtiste même le développe en ces termes : « Cet article ne nous paraît pas décider la question ; il semble plutôt régulatif qu'attributif, c'est-à-dire qu'il paraît avoir pour seul objet de prescrire la mention du jour de la comparution, lorsque le tribunal l'ordonne dans les cas prévus par la loi, tels qu'une prestation de serment, une expurgation, etc..... »

Il suffit de répondre que tous les auteurs, en commentant et en approuvant, et tous les tribunaux, en appliquant cet article, ont reconnu que le législateur avait entendu rendre commune aux matières civiles une voie d'instruction qui, sous les anciens principes, était réservée aux matières commerciales.

Au reste, la Cour de Bruxelles avait elle-même reconnu cette vérité, par un arrêt antérieur du 27 novembre 1823 (*J.* de cette Cour, t. 1 de 1824, p. 397), qui juge encore que les tribunaux peuvent ordonner cette comparution d'office, pour interroger une partie sur des faits articulés par l'autre, quoiqu'ils ne l'aient pas été dans les formes voulues par l'art. 325. *V.* nos observations sur la *Quest.* 502.]]

501. *Le jugement qui ordonne la comparution des parties en personne est-il dans la classe des jugements préparatoires?*

Oui, parce qu'il ne préjuge rien, même sur des exceptions relatives, comme serait celle d'incompétence en raison du domicile contesté; car les réponses des parties, lors de la comparution, peuvent fournir des instructions sur ce fait même. (*V.* DEMIAU-CROUZILHAC, p. 102; PIGEAU, *Introduct. à la Procédure*, p. 21.)

[[M. THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 235, et la Cour d'Agen, le 5 juillet 1831 (*J. Av.*, t. 42, p. 166), ont adopté l'opinion de M. Carré. M. RAUTER, p. 247, au contraire, qualifie ce jugement d'interlocutoire. Le 17 janvier 1821 (*J. Av.*, t. 23, p. 13), la Cour de Rouen a adopté le système de ce dernier auteur, mais dans une cause où il s'agissait d'opposition à mariage.

Sans rien préjuger sur la qualification des jugements en général, que nous nous réservons d'examiner sous les art. 451 et 452, nous dirons seulement que, dans l'espèce de notre *Quest.* 502 *bis*, il serait difficile d'admettre que le jugement ne dût être qualifié que de simple préparatoire.

La Cour de Bruxelles, par arrêt du 11 mars 1827 (*J.* de cette Cour, t. 2 de 1827, p. 278), a décidé qu'un jugement qui refuse d'ordonner la comparution ne peut être considéré comme préparatoire, qu'il est définitif en ce sens qu'il préjuge qu'aucune lumière ne doit jaillir de ce mode de recherche.]]
V. *Q.* 1532.

502. *Le jugement qui ordonne la comparution doit-il être levé et signifié?*
[[*Peut-on interroger les parties séparément ou ordonner la comparution d'une seule ?*]]

« Ce jugement, dit M. PIGEAU, t. 1, p. 240, doit indiquer le jour de la com-
« parution des parties, au moyen de quoi il n'est pas nécessaire que celui qui
« veut poursuivre le lève, le signifie, et fasse sommation à l'autre de se pré-
« senter : celui-ci est suffisamment averti par cette indication prononcée en
« sa présence. Si la comparution était ordonnée par défaut, il faudrait signi-
« fier le jugement. »

M. Lepage, dans ses *Questions*, p. 134, ne fait aucun doute sur la nécessité

de signifier le jugement; mais il demande si, dans le cas où la comparution est ordonnée contradictoirement entre les avoués, l'on devra signifier à personne ou à domicile?

« Le doute vient, répond-il, de ce que les jugements interlocutoires, par « exemple ceux qui ordonnent une enquête, une expertise, ne sont signifiés « que d'avoué à avoué, mais ce qui décide est que la comparution ordonnée « ne dépend en rien des avoués; elle est du fait personnel de la partie : il est « donc nécessaire de la mettre en demeure personnellement de satisfaire au « jugement. »

Nous sommes porté à adopter cette opinion, encore bien que les jugements interlocutoires se signifient d'avoué à avoué seulement, et que l'art. 70 du Tarif porte que les avoués seront tenus de se présenter au jour indiqué par les jugements *préparatoires*, ou de remises, sans qu'il soit besoin d'aucune sommation. Tout ce qui résulte de cet article, c'est que l'on ne doit pas sommer l'avoué de se trouver à l'audience, pour assister lors de la comparution; il en est averti par le jugement préparatoire qui l'ordonne. Mais rien ne dispense de signifier le jugement à la partie, avec sommation d'y obéir. Au surplus, quand la loi a voulu que la partie fût assignée au domicile de son avoué seulement, elle l'a dit (*V.* art. 261); et, puisqu'elle garde le silence à l'égard de la comparution, on doit en conclure que la signification doit se faire à personne ou domicile. (*V.* nos *Quest.* sur l'art. suiv.)

[[Trois systèmes, comme on voit, se sont formés sur cette question. D'après l'un, la signification du jugement ne devrait être faite qu'à la partie; c'est celui qu'adopte M. Carré. Le second système, qu'embrasse M. BONCENNE, t. 2, p. 471, exige une double signification, savoir, à l'avoué et à la partie, conformément à l'art. 147. Enfin, MM. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 283, et THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 235, pensent que, lorsque le jugement est contradictoire, il n'est besoin ni de le lever, ni de le signifier

En général, dans la pratique, l'avoué le plus diligent se contente d'avertir sa partie et de donner une sommation à l'adversaire pour le jour d'audience indiqué.

M. Boncenne fait observer que, le défaut de comparution pouvant entraîner certaines déchéances à l'égard de la partie qui le commet, il est plus régulier de prendre à son égard la marche ordinairement suivie par celui qui veut obtenir l'exécution d'un jugement. Il est vrai de dire que la marche contraire offre plus de célérité et d'économie, mais les résultats du défaut de comparution peuvent être trop graves pour que le jugement ne soit pas signifié conformément aux dispositions de l'art. 147 du Code de procédure, c'est-à-dire à l'avoué et à la partie. On oppose, il est vrai, l'art. 70 du Tarif; mais M. BONCENNE répond avec raison que cet article ne s'applique qu'aux simples mesures d'instruction qui regardent uniquement l'avoué; mais que, lorsque l'exécution du jugement incombe à la partie elle-même, il y a nécessité d'avertir l'avoué afin que celui-ci dirige la conduite de son client.]]

Les parties sont interrogées à l'audience par le président, soit en présence l'une de l'autre, soit séparément; et, si le jugement qui intervient est fondé sur quelque éclaircissement fourni par leurs réponses, il en est fait mention dans les motifs.

[[Quoique en général la comparution de toutes les parties doive être ordonnée et qu'on doive les entendre en présence les unes des autres, parce que de la contradiction jaillit la lumière, ainsi que l'exprime M. BOITARD, t. 1, p. 466, nous pensons, avec MM. PIGEAU, *Proc. civ.*, à l'art. 2 du § de la *Comparution*, et THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 236, que le juge peut, selon qu'il le croit convenable, procéder à l'interrogatoire de chacune des parties, soit séparément, soit en présence de l'autre, et qu'il peut ordonner la comparution de telle ou

telle partie. La loi ne limite point le pouvoir des tribunaux. L'art. 324 parle aussi *de parties*. Rien n'empêcherait néanmoins la partie dont la comparution n'aurait pas été ordonnée de se rendre à la barre et de donner des explications.

M. Carré ajoute que le jugement doit faire mention, dans ses motifs, des éclaircissements fournis par les réponses des parties, et sur lesquels il est fondé. C'est en effet le seul moyen, dans une affaire sujette à l'appel, de mettre la Cour en mesure d'apprécier le bien jugé. Le même résultat serait atteint par un procès-verbal séparé qu'on pourrait dresser sur le dire des parties, mais, ce procès-verbal n'étant pas autorisé par la loi, les frais sans doute n'en passeraient pas en taxe. Alors la mention dans les motifs est indispensable, si l'on veut que la comparution en première instance soit de quelque utilité sur l'appel; la Cour, sans cela, serait souvent obligée d'en ordonner une autre, comme l'a fait, en pareil cas, la Cour royale d'Amiens, dans une affaire rapportée au J.P., t. 2 de 1838, p. 510, arrêt du 14 juillet 1838.]]

Si l'une des parties ne comparaît pas, son défaut doit la faire assimiler à celui qui ne veut pas subir interrogatoire sur faits et articles (1).

[[*Voyez* la question suivante.]] **Supp. alph.**, v° *Comparution personnelle*, n. 5 et suiv.

[[**502** bis. *Quel est l'effet de la non-comparution, particulièrement lorsqu'elle est ordonnée dans une cause où la preuve testimoniale ne serait pas admissible?*

M. Carré termine l'examen de la *Quest.* 502, par ces mots : « *Si l'une des* « *parties ne comparaît pas, son défaut doit la faire assimiler à celui qui ne* « *veut pas interrogatoire sur faits et articles.*»

M. BONCENNE, t. 2, s'exprime d'une manière plus explicite : « Ce n'est pas, « dit ce savant jurisconsulte, que le défaut de comparution, ou le refus de « répondre impose aux tribunaux l'obligation étroite de tenir les faits pour « avérés ; il faut entendre ce que je viens de dire dans le sens d'une simple « faculté ; certes une juste prévention s'élève contre le plaideur honteux qui « craint de se présenter et de s'expliquer : *Minus indignum est proprio testi-* « *monio resistere* (2). Toutefois, cette prévention ne constitue pas une preuve « qui doive dominer l'opinion du juge, et interdire tout accès à des docu- « ments contraires; il était mieux de s'en remettre, comme on l'a fait, à « ses lumières et à sa pénétration. Les circonstances agiront sur son esprit; il « se décidera, en toute sécurité, à tenir pour avérés des faits que rien ne con- « tredit, qui s'accordent entre eux, et qui se lient, sans effort, sans invrai- « semblance, à ce qui se trouve déjà constant et reconnu dans l'affaire. »

Cette opinion est partagée par M. BOITARD, t. 1, p. 466 ; PIGEAU, Proc. civ., § *Comparution*, art. 2; TOULLIER, t. 10, p. 431, n° 299, et THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 236. Ce dernier auteur pense que le Code laisse à la conscience du juge l'induction qu'il pourra tirer de la non-comparution ou du refus de répondre.

Quoiqu'on puisse objecter qu'en matière de comparution, les faits ne sont connus à l'avance, ni de celui qui doit répondre, ni *jusqu'à un certain point* de celui qui doit interroger, puisque les questions naissent des circonstances, et

---

(1) *V.* PIGEAU, t. 1, p. 241 ; et, comme il faut appliquer aux effets de la comparution plusieurs des règles des interrogatoires sur faits et articles, *V.* aussi les questions, très-importantes pour la plupart, que nous avons traitées sur le tit. 15, relativement à l'appréciation des réponses et contradictions de l'interrogé; et M. TOULLIER, t. 10, n°s 279 et suiv.

(2) [L. 13 Cod. *De non numeratâ pecunia.*]

que le jugement n'en fait pas mention, ce sera au juge à tenir compte de toutes les circonstances que peut faire naître la mesure ordonnée.

Nous pensons donc que le pouvoir du juge est essentiellement facultatif; c'est un élément de preuve dans lequel il puise des raisons de décider. En thèse générale, pas de difficulté, mais l'embarras devient grave lorsqu'il s'agit d'une espèce dans laquelle la preuve testimoniale n'est pas admissible.

Le 15 août 1828, la Cour de Rennes (*J. Av.*, t. 36, p. 70), a décidé que, l'art. 119 *n'établissant aucune distinction, on devait en conclure que la faculté qu'il accorde aux magistrats peut être exercée par eux, quels que soient la nature et l'objet de la contestation qui leur est soumise.* Cette doctrine ne nous paraît pas fondée. Notre savant maître avait rédigé une consultation pour la dame Rivoiron, sur l'appel porté par elle devant la Cour de Rennes; nous en adoptons les motifs si habilement développés.

Dans ses notes, M. Carré avait placé, à côté de l'art. 119, ces mots : « *poser ici toute la théorie de l'affaire Rivoiron;* puis, comme résumé de sa doctrine, ce qui suit ; « la comparution personnelle peut être ordonnée lorsque les principes sur l'admissibilité des preuves ne s'y opposent pas. Par exemple, ordonnera-t-on la comparution, pour induire des réponses du comparant qu'un acte authentique dans lequel il y a reconnaissance positive d'avoir reçu une somme a faussement énoncé cette reconnaissance? Arguez-le de *faux*, de *dol*, de *fraude*, et ne prenez pas un moyen détourné de prouver outre et contre le contenu des actes : la solution de cette importante question doit se trouver dans l'art. 1341 Cod. civ. »

Voici le texte de la consultation qui fut délibérée avec MM. Lesbaupin et Grivart, avocats du barreau de Rennes. « Cette question n'est pas importante, seulement pour l'intérêt particulier des appelants; c'est une de celles auxquelles on peut appliquer cette vérité que le *droit privé* est le droit de chacun, et par conséquent celui de tous.

« Qu'un arrêt confirmatif des jugements attaqués, la résolve dans le même sens que les premiers juges, et la comparution des parties à l'audience, cette espèce de voie d'instruction, sur laquelle il n'existe *ni principes, ni règles, ni formalités*, aurait été offerte à l'arbitraire du juge comme une monstrueuse prérogative, à l'aide de laquelle, *d'office* ou autrement, il pourrait impunément bouleverser et détruire ce que la loi renferme de plus sacré sur la foi due aux actes authentiques, et rendre sans effet toutes les garanties que présente la véritable voie d'instruction qu'elle a régularisée. Ainsi, les art. 1319 du Code civil et 19 de la loi du 25 ventôse an XI, eussent vainement consacré ce principe de tous les temps et de toutes les législations : « l'acte authentique fait *pleine foi*, jusqu'à inscription de faux, de *la convention qu'il renferme*, entre les parties et leurs héritiers ou ayans cause. »

« Ainsi, vainement encore l'art. 1341 *aurait-il disposé qu'aucune preuve par témoins ne peut être reçue contre et outre le contenu aux actes, ni sur ce qui serait allégué avoir été dit avant, lors, ou depuis les actes.*

« Ainsi, enfin, serait absolument illusoire la disposition par laquelle l'art. 1353 n'aurait permis de prendre les présomptions pour base de décision, que dans le cas seulement où la loi *admet des preuves testimoniales*, à moins que l'acte ne fût attaqué pour cause de *dol* ou de *fraude*.

« Toutes ces volontés du législateur, exprimées afin de garantir de toute atteinte les conventions écrites des parties, pourraient être considérées comme non avenues, au gré du juge auquel il plaira d'ordonner une *comparution*.

« L'acte *authentique* perdrait, *sans inscription de faux*, le juste privilége de faire foi de son contenu; des *présomptions* purement *humaines*, que la loi n'admet *qu'en supplément* de la preuve testimoniale, et dans les seuls cas où elle autorise cette preuve, prévaudraient, sans allégation de dol ou de fraude, sur

la présomption légale attachée aux actes légalement reçus par des officiers publics.

« Telles sont cependant les bizarres et funestes conséquences qui résulteraient immédiatement de la doctrine consacrée pour la première fois par le tribunal civil de Rennes.

« Ajoutons qu'au moins, dans les cas rares où des voies d'instruction quelconques peuvent être admises contre un acte authentique, la loi a eu la précaution de les environner de formalités qui protégent encore l'existence de cet acte, en prévenant tout abus de leur usage.

« Ainsi, l'inscription de faux exige des faits positivement articulés, des *moyens pertinents*, dont le mérite doit être *préalablement apprécié*, des expertises, des enquêtes faites dans des formes prescrites à peine de nullité.

« Si des présomptions sont admises en *cas de dol et de fraude*, ce qui ne s'applique pas à l'espèce actuelle, il faut qu'elles soient *graves, précises et concordantes*, et qu'elles dérivent des faits de la cause, évidents par eux-mêmes, ou appuyés par une instruction régulière.

« S'il est vrai que l'interrogatoire sur faits et articles puisse être ordonné, ce n'est que d'après la demande des parties, et jamais d'office, et sur des faits *pertinents et admissibles*, comme le dit l'art. 324 du Code de procédure, exposés dans une requête signifiée à la partie (art. 325 et 329).

« En imposant ces conditions, en prescrivant ces formalités protectrices, le législateur a, sans contredit, énergiquement annoncé que les actes authentiques ne peuvent être attaqués par aucune voie judiciaire qui n'offrirait pas les mêmes garanties. Comment donc, en présence de cette imposante considération, serait-il permis au juge de chercher dans un autre genre d'investigation, ou plutôt dans l'exercice d'une faculté, qui ne constitue point, à proprement parler, une voie d'instruction, des motifs d'annuler ces actes, et de lui faire ainsi produire les mêmes effets que la loi n'attache qu'aux véritables modes d'instruction, dont elle détermine l'objet, les formes et les effets?

« Personne ne contestera sans doute que la comparution des parties, loin d'avoir la moindre chose de commun avec les autres voies d'instruction, n'est au contraire soumise à aucune règle.

« Et d'abord, elle n'était expressément autorisée, avant la publication du Code, que dans les matières *commerciales*, parce que dans ces matières, qui consistent généralement en questions de fait, la preuve testimoniale est presque toujours admissible. Cependant l'usage d'ordonner la comparution dans les juridictions civiles s'était introduit dans les cas où il existait, sur de semblables questions, des doutes que les juges estimaient ne pouvoir éclaircir que par des explications émanées des parties mêmes.

« Les auteurs du Code de procédure n'ont fait que convertir en faculté légale un usage toléré jusqu'alors, en prescrivant, par l'art. 119, « que, si le jugement ordonne la comparution des parties, il indiquera le jour de la comparution. »

« Nulle autre disposition, concernant la comparution des parties, ne se rencontre dans notre législation, et l'on doit remarquer qu'il n'en est question dans aucun des travaux préparatoires du Code de procédure, tels que le projet de ce Code, les observations des Cours, les discussions au conseil d'Etat. On n'en fait aucune mention dans les discours des orateurs du gouvernement et du corps législatif; et cela doit suffire pour qu'on ne lui attribue pas des effets infiniment plus importants, sur les intérêts des parties, que ceux que la loi elle-même attache aux divers modes de preuves qui constituent l'instruction judiciaire, et dont le Code de procédure traite depuis le tit. 10 du liv. 2, jusqu'au tit. 15 inclusivement.

«Sans doute, en autorisant les juges à ordonner la comparution des parties, le législateur a eu ses motifs et un but. Mais, lorsqu'il a gardé le silence à ce sujet, supposant que ces motifs aient été de détruire, par une ligne du Code contenant une simple disposition réglementaire, tout l'édifice d'une législation dont toutes les parties concourent à ce but commun, *l'inviolable garantie de la sainteté des contrats*, ce serait l'accuser gratuitement d'imprévoyance et de contradiction.

«Il faut donc trouver, à la faculté dont il s'agit, un objet qui se concilie avec toutes les autres dispositions législatives qui tendent à ce but. Tous les auteurs s'accordent pour l'indiquer : la comparution, disent-ils, n'est ordonnée que dans les seuls cas où la cause *gît en fait*, et ne peut être décidée en *pur point de droit*.

Alors, lorsqu'après avoir entendu les plaidoiries, le magistrat éprouve quelque incertitude sur les faits que l'une ou l'autre maintient, ou lorsqu'il lui est démontré que des explications lui seront nécessaires pour la décision de la cause, il peut ordonner l'audition des deux parties, ou de l'une d'elles.

«Ici le but du législateur n'est autre que de procurer au juge un moyen de plus d'éclairer sa religion, suivant la maxime *cui jurisdictio data est, ea quoque censentur concessa sine quibus jus dicere non potest*. Aussi, le jugement qui ordonne la comparution ne préjuge-t-il rien, et tous les auteurs le rangent dans la classe de simple préparatoire.

«De ce que la comparution des parties ne peut être ordonnée qu'autant que l'approfondissement des faits paraît indispensable pour la décision de la cause, et qu'il existe quelque incertitude sur l'existence de ces faits ou sur leurs circonstances, il faut nécessairement conclure qu'elle ne peut avoir lieu lorsque le litige dépend uniquement d'un principe de droit dont l'application ne saurait être repoussée par aucune considération de fait.

«Telle est précisément notre espèce, dans laquelle la comparution n'aurait d'autre objet que de chercher, dans la comparution des parties, des raisons d'écarter la foi due aux énonciations consignées dans un acte authentique.

«En effet, on conteste la vérité d'une énonciation consignée dans un contrat de mariage. La loi veut que cet acte fasse foi de son contenu jusqu'à inscription de faux; elle n'admet aucune preuve par témoins pour le démentir : aucune investigation sur les faits n'est donc permise : *frustra probatur quod probatum non relevat*.

«On convient que la Cour de Paris et celle de Rennes ont décidé que l'on peut admettre l'interrogatoire sur faits et articles, pour anéantir la foi due à un acte authentique, quoiqu'on opposât que l'on ne pouvait s'élever contre le contenu en pareil acte que par la voie de l'inscription de faux. On n'entrera point dans l'examen des moyens qui pourraient être employés contre cette doctrine, uniquement fondée sur ce que l'art. 324 porte que l'interrogatoire peut être ordonné en *toute matière*, ce qui ne suppose aucune distinction; on ne cherchera point à prouver que ces expressions générales pourraient bien ne signifier que l'*objet* de la demande, ce qui serait absolument différent de la *pertinence* des faits. On prendra cette jurisprudence comme certaine, et, en l'admettant, on maintiendra, conformément à la règle qui défend d'argumenter d'un cas à un autre, qu'il n'est pas permis de se prévaloir des principes qui régissent l'interrogatoire, à l'égard duquel la loi prescrit des conditions et des formalités, pour placer sur la même ligne la comparution personnelle, sur laquelle, on ne peut trop le répéter, la loi ne contient aucune de ces *dispositions tutélaires* qu'elle renferme relativement à l'*interrogatoire*. A quoi bon ces conditions et ces formalités, s'il était à la discrétion du juge de les écarter par la comparution?

«Ces hommes instruits, comme le sont les magistrats qui auront à prononcer sur la contestation, suppléeront à tous les arguments que l'on néglige ici pour abréger.

«Cependant il est une considération sur laquelle on insistera : c'est qu'on ne remplacerait l'interrogatoire par la comparution, que pour faire produire à celle-ci les mêmes effets qu'à l'autre. Or, quels sont les effets de l'interrogatoire ?.....

«Tous les auteurs, d'accord avec la jurisprudence, professent que l'effet de ce mode d'instruction est de donner lieu à l'application de l'art. 1356 du Code civil, suivant lequel l'aveu judiciaire fait pleine foi contre celui qui l'a fait, et que, dans le cas où il n'y a pas d'aveu formel, l'interrogatoire n'offre que des inductions à tirer des dénégations et des contradictions de la partie qui l'a subi ; inductions qui ne peuvent tout au plus donner lieu qu'à l'application de l'art. 1353 du Code civil, et qui, conséquemment, n'ont d'effet utile, lorsque les réponses de l'interrogé fourniraient contre lui des présomptions *graves, précises et concordantes, qu'autant que la preuve testimoniale serait admissible.*

«Ce n'est qu'au moyen de l'interrogatoire ordonné sur des faits *pertinents* que l'on peut chercher à obtenir un *aveu* qui puisse détruire la foi due à un acte authentique. Si donc la partie qui le requiert se borne à alléguer seulement qu'un acte authentique qu'elle a souscrit n'en renferme pas moins une énonciation contraire à la vérité, et qu'elle ne précise aucun fait qui tende à démontrer cette allégation, l'interrogatoire ne serait pas admis. Quelle serait donc la raison pour réclamer la comparution ? Certes, il serait difficile d'en assigner une seule.

«Ainsi donc, jusqu'à l'articulement des faits présentés à l'appui d'une pareille dénégation, la demande en interrogatoire n'étant pas recevable, à plus forte raison celle de la comparution ne l'est-elle pas, et les premiers juges se sont évidemment trompés en l'ordonnant avant toute plaidoirie sur le fond, qui leur eût fait sentir la nécessité d'entendre les parties. Jusque-là ils ne pouvaient qu'appliquer les principes concernant la foi due aux actes, puisqu'ils trouvaient dans le contrat de mariage des sieur et dame Rivoiron la réponse affirmative à cette question, répondue dans cet acte par le mari lui-même. Une dot a-t-elle été réellement constituée et payée par les époux Brunet à leur fille ?..... Sans articulement d'aucun fait qui démentît cette reconnaissance donnée par celui-là même qui la déniait, sans articuler aucun moyen de faux, de dol ou de fraude, il n'était pas permis aux premiers juges, à ceux qui ne pouvaient adresser que *cette seule question,* d'ordonner la comparution, pour trouver dans les réponses des comparants des raisons de prononcer *contre le contenu dans l'acte.* Aussi le tribunal de Rennes a-t-il fourni le seul exemple d'une comparution ordonnée pour répondre à une question déjà répondue dans un acte authentique.

«Il faut donc réduire la comparution aux seuls cas et aux seuls effets qui puissent s'accorder avec les principes conservateurs de la foi due aux actes authentiques.

«Le défaut de comparution sur un tel ordre est suffisamment justifié par cette considération : Nul n'est obligé à *répéter oralement* à l'audience ce qu'il a déclaré dans un acte authentique..... il ne peut être interrogé que sur d'autres faits, et encore, lorsque ces faits ont été préalablement déclarés *pertinents et admissibles.*

«Or, d'autres faits que celui allégué par le sieur Rivoiron n'auraient tout au plus conduit qu'à faire naître des présomptions ; et, comme on l'a démontré en citant le texte de l'art 1353, les présomptions, quelque graves, quelque

précises et concordantes qu'on voulût les supposer, susceptibles de résulter de faits qui *n'étaient pas même allégués*, n'eussent pu détruire la foi de la quittance donnée par le futur époux dans le contrat de mariage.

« Mais, ont dit les premiers juges, si le serment peut être déféré sur la réalité « d'un paiement, même fait en présence d'un notaire et constaté dans un acte « authentique, il peut, à plus forte raison, être exigé sur un paiement dont « le notaire n'a pas personnellement connaissance, et, par conséquent, « il n'existe aucun motif pour repousser la demande d'interrogatoire à l'au- « dience, parce que ce moyen peut servir à la manifestation de la vérité. »

« La conséquence tirée, *à fortiori*, de ce que le serment peut être déféré contre le contenu en un acte authentique, semble absolument vicieuse. On veut bien concéder l'opinion de ceux qui prétendent que la loi admet formellement le serment en *toutes matières* et tout état de cause; encore bien que de savants jurisconsultes, parmi lesquels on citera M. Delvincourt (1), aient maintenu que le serment ne peut, *sans inscription de faux*, être déféré à celui qui a en sa faveur un acte authentique, mais ce genre de preuve dépend de celui auquel le serment est *déféré*. La loi, en ce cas, concilie la foi due à l'acte authentique, en laissant à la partie la faculté de la corroborer par le témoignage de sa conscience. Au moyen de la comparution, au contraire, on veut chercher, et l'on essaie de trouver ailleurs des raisons dont on puisse argumenter pour rendre cette foi suspecte, et n'y avoir aucun égard. Comment donc, *sans une disposition formelle de la loi*, serait-il permis d'ordonner la comparution par un argument déduit de la faculté de déférer le serment? C'était au sieur Rivoiron à recourir à ce seul moyen que lui offraient la loi et la jurisprudence qui l'a interprétée. Mais bien certainement, les premiers juges, guidés par cet esprit, toujours louable, de chercher la vérité, ne se sont pas assez pénétrés de ce principe, qu'on ne doit la chercher que par les voies légales. On pourrait dire ici qu'à leur propre insu, ils se sont montrés par trop faciles à dispenser le sieur Rivoiron de l'obligation où il était de déférer le serment, pour lui accorder d'autres moyens de démontrer, par des arguments tirés d'un interrogatoire qu'ils ne pouvaient supposer devoir produire *un aveu formel* des trois parties interrogées, des raisons de considérer comme fausse la reconnaissance donnée dans l'acte authentique, par celui-là même qui requiert cet interrogatoire.

« Par tous ces motifs, le conseil résout négativement la question proposée, et la Cour, en décidant de la sorte, aura consacré, sous le régime légal actuel, la doctrine constamment suivie dans l'ancienne jurisprudence, et professée par les plus célèbres jurisconsultes.

Délibéré à Rennes, les 9 et 12 juin 1828.]] **Supp. alph.**, v° *Comparution personnelle*, n. 10 et suiv.

[[**502** ter. *Les juges ont-ils un pouvoir discrétionnaire pour admettre ou rejeter une demande en comparution de parties?*

Ce pouvoir illimité et sans contrôle leur appartient pour toute espèce de voie d'instruction (*V.* notre *Quest.* 973 *ter*). L'exercice qu'ils en font, soit en accueillant, soit en rejetant, ne soumet point leurs décisions à la censure de la Cour de cassation. C'est ce qu'elle a jugé elle-même, en ce qui concerne la comparution des parties, le 3 janvier 1832 (*J. Av.*, t. 43, p. 426); la Cour de

(1) [T. 1, p. 838; et, s'il s'est élevé des doutes sur la délation du serment, comment admettre que la comparution puisse être ordonnée sans difficulté?. ..]

Bordeaux a consacré la même doctrine, le 11 mai 1832 (*Journ.* de cette Cour, t. 7, p. 271), ainsi que la Cour de Bruxelles, le 14 mars 1827 (*Journ.* de cette Cour, t. 2, de 1827, p. 278).

Il est vrai que la Cour de Rouen, le 17 janvier 1821 (*J. Av.*, t. 23, p. 13), a décidé que, lorsqu'il s'agit d'opposition formée par une mère au mariage de sa fille, le tribunal n'a pas le droit d'ordonner leur comparution dans une audience à huis clos. Cette décision peut se justifier par deux circonstances : 1° le tribunal avait ordonné le huis clos, tandis que, de sa nature, la comparution doit être publique ; 2° la loi a fixé, pour l'évacuation des instances d'opposition à mariage, de certains délais de rigueur que la procédure ordonnée aurait prolongés contrairement au vœu du législateur.]]

Supp. alph., v° *Comparut. personn.*, n. 3. *Les tribunaux peuvent-ils ordonner la comparution personnelle de tiers étrangers au procès?*

ART. 120. Tout jugement qui ordonnera un serment énoncera les faits sur lesquels il sera reçu.

[Notre Comm. du Tarif, t. 1, p. 188, n°s 5 et 6.]—*Suprà*, les *Q.* sur l'art. 55.—C. civ., art. 1357 et suiv. —[Notre Dict. gén. de Pr., v° *Serment*, n°s 4, 35, 36, 38, 52, 53, 72.—QUESTIONS TRAITÉES: L'omission, dans un jugement, des faits sur lesquels le serment doit être prêté, entraîne-t-elle la nullité de ce jugement? *Q.* 503.—Mais du moins si ces faits se trouvent relatés dans la question de fait, le vœu de la loi ne serait-il pas rempli, encore bien que ces faits ne fussent pas répétés dans le dispositif? *Q.* 504.—Pourrait-on, en ordonnant le serment, statuer conditionnellement sur la contestation? *Q.* 505.—Le jugement qui défère le serment à l'une des parties doit-il être signifié à personne ou domicile? *Q.* 506. — Est-ce exclusivement à celui qui a déféré le serment qu'il appartient de faire la signification du jugement qui l'ordonne? *Q.* 507. — Après avoir rétracté la délation de serment, une partie peut-elle le déférer de nouveau? 508.—Auquel du demandeur ou du défendeur appartient l'expédition et la signification du jugement qui ordonne le serment? *Q.* 509. — Un avoué peut-il déférer le serment, ou déclarer en accepter la déclaration pour sa partie? *Q.* 510. — Le serment déféré est-il censé prêté, si la partie décède ou devient incapable avant le jour indiqué pour sa comparution? *Q.* 511.] V. *infrà*, p. 597, Q. 502 *quinquies*; p. 597, Q. 502 *sexies*; p. 603, Q. 544 *bis*.

LXXXVI. Lorsque des juges croient devoir ordonner, soit un serment décisoire, soit le serment déféré d'office, dont parle l'art. 1357 du Code civil, la loi a voulu que le jugement énonçât les faits sur lesquels il doit être reçu, parce que, sans cette précaution, la partie qui doit le prêter pourrait dire ce qu'on ne lui demande pas, ou ne pas dire tout ce qu'on lui demande. (*Rapp. au Corps législ.*) Voy. *infrà*, Q. 1225.

Supp. alph., v° *Serment*, n. 1 et suiv. *Le serment décisoire peut-il être refusé par les juges?*

Supp. alph., v° *Serment*, n. 7 et suiv. *En quelles circonstances le serment peut-il être déféré?*

503. *L'omission, dans un jugement, des faits sur lesquels le serment doit être prêté, entraîne-t-elle la nullité de ce jugement?*

Par arrêt du 20 fév. 1808 (*J. Av.*, t. 21, p. 199), la Cour d'appel de Turin, s'attachant rigoureusement à la disposition de l'art. 1030 du Code de procédure, a décidé qu'on ne pouvait admettre la nullité d'un jugement qui présenterait une semblable omission. (V. *Jurisprudence sur la procédure*, t. 2, p. 10).

Déjà nous avons remarqué, sur plusieurs questions, que jusqu'ici l'on a peut-être donné une interprétation trop étendue à l'art. 1030. Nous avons renvoyé aux questions qui seront examinées sur cet article, et à l'occasion desquelles nous l'avons combiné avec toutes les dispositions particulières qui exigent telle ou telle formalité, et qui cependant n'ont rien statué sur la peine, en cas de contravention. Nous renvoyons encore à ces questions, pour le développement des motifs qui nous portent à croire que le jugement serait nul. Ici nous nous bornons à faire observer que si le législateur a regardé comme néces-

saire que tout jugement qui ordonne un serment énonçât les faits sur lesquels il doit être reçu, il est difficile de croire qu'il n'ait pas entendu attacher la nullité à l'omission de cette énonciation. Cette omission nous semble vicier le jugement dans sa substance, puisqu'elle aurait pour effet d'empêcher que le magistrat ou la partie obtînt du serment les résultats que le législateur a attendus de la précaution qu'il a commandé de prendre.

[[En effet, le jugement dont il s'agit n'a pas d'autre but que d'ordonner un serment, il est donc de son essence intime qu'il fasse connaître sur quoi ce serment doit porter. Ce serait un acte inutile, frustratoire et sans objet, s'il omettait cette énonciation.

Quoique M. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 286, semble approuver la décision de la Cour de Turin, il ne s'en exprime pas formellement, et nous ne croyons pas que son opinion, sur ce point, diffère de la nôtre, qu'adoptent unanimement MM. FAVARD DE LANGLADE, t. 3, p. 155, n° 2; THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 238 et 239, et BOITARD, t. 1, p. 473.

Ce dernier auteur fait observer très judicieusement que la disposition de l'art. 120 est applicable aux deux espèces de serment, décisoire et supplétif, lorsqu'ils sont ordonnés par jugement, mais qu'il peut arriver que le serment décisoire ne soit pas précédé d'un jugement, par exemple si, les deux parties étant présentes à l'audience, le serment est aussitôt prêté que déféré (*Voir* la note sous la *Quest.* 506). Dans ce cas évidemment il n'y a pas lieu à l'application de l'art. 120.

Si, au contraire, l'admissibilité du serment décisoire donne lieu à des contestations, et qu'une sentence intervienne pour déclarer la délation valable, elle devra énoncer les faits qu'il s'agit d'affirmer.

Il est clair au surplus que tout, en matière de serment décisoire, dépendant de la volonté des parties, les juges ne pourraient, sous aucun prétexte, en changer les termes, comme l'a jugé la Cour de Colmar, le 19 nov. 1832 (*Journ.* de cette Cour, 1832, p. 265); à moins toutefois que la partie qui l'aurait déféré ne consentît à ce changement; Agen, 2 nov. 1830.]]

504. *Mais du moins, si les faits se trouvent relatés dans la question de fait, le vœu de la loi ne serait-il pas rempli, encore bien que ces faits ne fussent pas répétés dans le dispositif?*

L'affirmative ne saurait faire la matière d'une contestation sérieuse, car la question de fait est censée faire partie du jugement, et, son dispositif se rapportant à cette question, aucun doute ne peut s'élever sur l'identité des faits qui doivent être l'objet du serment, seul but que la loi se soit proposé, en ordonnant l'énonciation de ces faits dans le jugement.

C'est aussi ce qui a été décidé par l'arrêt de la Cour de Turin, cité sur la question précédente.

[[MM. BERRIAT SAINT-PRIX, p. 492, n° 3, et PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 286, approuvent cette décision, que nous adoptons aussi et que nous appliquons (*Voir* notre *Quest.* 978 bis), aux faits à énoncer dans un jugement de preuve.]]

505. *Pourrait-on, en ordonnant le serment, statuer conditionnellement sur la contestation?*

Oui, en insérant dans le jugement qu'en cas d'affirmation de la partie à laquelle il est ordonné de prêter serment, l'autre est déboutée de sa demande et condamnée aux dépens. Alors le jugement qui intervient, après que la partie a outré ou refusé le serment, décerne acte de la prestation ou du refus;

dans le premier cas, il ordonne que le précédent jugement sortira son plein et entier effet ; dans le second, il prononcera les condamnations qui seraient la suite nécessaire du refus. (*Voy.* PIGEAU, t. 1, p. 244, *Proc. civ.*, au n° VII de l'art. 1, § 3 *du Serment.*

[[C'est ce qui a lieu assez souvent dans la pratique. M. THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 240, sans condamner cet usage, fait observer qu'il serait plus prudent d'exiger le serment avant de prononcer la condamnation, de peur qu'elle ne devienne caduque par le décès de la partie. (*Voir* la *Quest.* 511.)]]

506. *Le jugement qui défère le serment à l'une des parties doit-il être signifié à personne ou domicile?*

M. LEPAGE, dans ses *Questions*, p. 134, donne la même solution que sur le jugement qui ordonne la comparution de la partie en personne : nous avons fait connaître ses motifs en traitant la 502e *Question.*

Mais il résulte, des formules données par M. PIGEAU, t. 1, p. 245, et de ce qu'il établit, p. 249, que cet auteur estime que la signification doit être faite d'avoué à avoué, avec assignation de la partie au domicile de l'avoué, et que ce ne serait que dans le cas où le jugement ne serait pas contradictoire qu'il y aurait lieu de le signifier à personne ou à domicile.

D'autres pensent que le jugement doit être signifié tout à la fois à la partie et à l'avoué, et c'est ce qui se pratique au tribunal de première instance de Rennes.

On doit, suivant nous, signifier à la partie, parce que le jugement contient les faits sur lesquels le serment lui est déféré, et qu'il est nécessaire qu'elle réfléchisse sur ces faits, qu'elle les examine scrupuleusement avant de contracter un engagement aussi sacré que celui qui résulte du serment. Or, si on se bornait à signifier à avoué, rien n'assurerait que le jugement aurait été transmis à la partie, ou l'aurait été à une époque assez éloignée du jour de la comparution pour qu'elle se livrât à l'examen des faits avec toute l'attention convenable. D'ailleurs, l'assignation qui accompagne le jugement étant donnée à jour fixe, l'avoué pourrait n'avoir pas le temps nécessaire pour prévenir la partie; il ne pourrait souvent justifier de ses diligences.

On doit le signifier également à l'avoué, avec avenir, parce qu'en général l'avoué ne doit être étranger à aucune des significations faites à la partie, et que d'ailleurs le jugement n'indique point, comme dans le cas de la comparution, le jour auquel il devra recevoir son exécution (1).

[[Une simple sommation adressée à la partie pour avoir à comparaître et à se conformer au jugement qui ordonne de prêter serment ne pourrait l'obliger à comparaître, et la mettre en demeure, de façon à ce que son défaut dût la

---

(1) Ici encore on pourra nous opposer que le jugement est interlocutoire, et que tout jugement de cette nature se signifie à avoué, sans distinction ; mais, en supposant ce caractère que nous n'accordons pas à tous les jugements qui ordonnent un serment (*V.* les questions traitées sur l'art. 452), nous répondrons : La raison de décider que le jugement doit en outre être signifié à personne ou domicile, se tire de son objet particulier, qui est un fait personnel de la partie, et cette seule considération suffit pour faire exception. M. Demiau-Crouzilhac pense, comme nous, que le jugement doit être signifié à la partie avec sommation. (*V.* p. 106.) Il résulte de ces observations qu'un tribunal ne pourrait ordonner à une partie de prêter serment à l'instant même, ce qui a été fait à notre connaissance par l'un des tribunaux civils du ressort de la Cour de Rennes.

[[Mais, si la partie était disposée à le faire, il n'y aurait rien d'irrégulier. C'est une marche qu'approuvent MM THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 239, et BOITARD, t. 1, p. 473 : alors sans doute toute signification devient inutile. *V.* notre *Quest.* 503.]]

faire condamner. Car, si l'art. 120 veut que le jugement énonce les faits sur lesquels le serment sera prêté, c'est apparemment pour que la partie le connaisse d'avance et puisse y mûrement réfléchir. Tant qu'on ne les lui aura pas fait connaître, et cela ne peut avoir lieu que par la signification, elle ne sera pas tenue de se présenter.

MM. THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 239, et BONCENNE, t. 2, p. 508, à la note, estiment que la signification doit être faite tant à l'avoué qu'à la partie; nous le croyons aussi conformément à l'art. 147.

Au reste, comme nous ne concevons la nécessité d'une signification que de la part de celle des parties qui veut obliger l'autre à une exécution, il nous semble que, si celle à qui le serment est imposé le prêtait volontairement, elle n'aurait pas besoin de lever, ni de signifier de son chef le jugement, et pourrait se contenter de faire à sa partie adverse la sommation prescrite par le dernier paragraphe de l'art. 121. C'est aussi l'avis de M. THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 239.]]

507. *Est-ce exclusivement à celui qui a déféré le serment qu'il appartient de faire la signification du jugement qui l'ordonne?*

Suivant M. PIGEAU, t. 1, p. 244 et 245, la signification de ce jugement peut se faire par l'une ou l'autre des parties. « Ainsi, dit-il, lorsque c'est celui qui « a déféré le serment qui signifie le jugement qui l'ordonne, la signification « contient en même temps sommation à l'adversaire de se trouver à jour fixe « pour prêter le serment, avec déclaration que, faute par lui de s'y trouver, « il sera débouté de sa demande ou exception. Si, au contraire, c'est celui « auquel le serment a été déféré qui signifie le jugement, la signification con- « tient en même temps déclaration qu'il se présentera à l'audience, tel jour, « pour y prêter le serment prescrit, le sommant de s'y trouver.

« Il faut considérer, dit M. DEMIAU-CROUZILHAC, p. 108, que la partie à la- « quelle le serment est déféré, soit par l'autre partie, soit d'office par le juge, « n'est pas obligée de le faire *suâ sponte*; c'est à la partie adverse à la consti- « tuer en demeure par une sommation *ad hoc*; car, si elle venait à décéder « sans avoir reçu de sommation et fait le serment, il serait censé fait. Il faut « donc, pour la constituer en demeure, que le jugement soit signifié avec com- « mandement de faire le serment dans la huitaine, à défaut de quoi on en « poursuivra la déchéance. »

Nous examinerons bientôt (Voy. *Quest.* 511) s'il est certain qu'en cas de décès de la partie qui n'aurait pas été constituée en demeure, le serment serait censé fait. Ici nous ne rappelons le passage de M. Demiau-Crouzilhac qu'afin de faire remarquer qu'il estime que c'est à la partie adverse de celle à qui le serment est déféré qu'il appartient de faire la signification et de sommer d'audience. Il y a à se déterminer entre cette opinion, celle de M. Pigeau, et une troisième, qui consiste à dire que c'est toujours le demandeur qui doit faire la signification, soit que ce fût à lui-même, soit que ce fût à son adversaire que le serment eût été déféré.

Nous disons que les deux parties sont également intéressées à l'exécution du jugement, puisque c'est d'elle que dépendra la décision définitive; que sans doute il arrivera, pour l'ordinaire, que ce sera la partie adverse de celui auquel le serment est déféré qui lui signifiera le jugement; mais qu'aucune disposition de la loi ne s'oppose à ce que la partie la plus diligente fasse cette signification, et somme l'autre de se trouver à l'audience, soit pour prêter, soit pour voir prêter le serment. Ainsi, nous adoptons l'opinion de M. Pigeau, en faisant observer que, dans le cas où c'est la partie à laquelle le serment est déféré qui signifie le jugement, et qui indique à sa partie adverse l'audience à

laquelle elle doit se présenter, elle n'est pas pour cela dispensée d'appeler, par acte d'avoué à avoué, celui de son adversaire, conformément à la dernière disposition de l'art. 121.

Si, au contraire, c'est la partie adverse de celle à qui le serment est déféré qui lui fait la signification du jugement et qui la somme d'audience, nous ne voyons pas que celle-ci soit obligée de faire à l'avoué adverse la sommation exigée par le même art. 121.

En tous cas, nous ferons observer que l'on doit donner à la partie le délai ordinaire des ajournements, puisque nous avons dit que la sommation doit être faite à personne ou domicile : le jour doit donc être indiqué à l'expiration de ce délai, à moins toutefois qu'on n'ait obtenu du juge la permission d'assigner à bref délai. (V. *Bibl. du Barr.*, 2e part., t. 1, 1808, p. 194, ci-après la *Quest.* 520.)

[[M. FAVARD DE LANGLADE, t. 3, p. 155, n° 3, pense aussi que la signification appartient à la partie la plus diligente. Pour nous, nous la croyons inutile de la part de celui qui doit prêter le serment. (*V.* nos observations sur la question précédente et la *Quest.* 509.) Sur tous les autres points, nous partageons l'avis de M. Carré.]]

508. *Après avoir rétracté la délation de serment, une partie peut-elle le déférer de nouveau?*

Tant que celui à qui le serment a été déféré n'a pas déclaré qu'il est prêt à le faire, l'autre partie, dit l'art. 1364 du Code civil, peut rétracter sa délation.

[[La Cour de Montpellier a appliqué cette disposition, le 22 avril 1833 (TAJAN, t. 27, p. 220), en ajoutant que l'appel est une rétractation tacite.]]

Si elle le fait, en se persuadant qu'elle a de nouveaux moyens suffisants pour prouver sa demande, nous ne pensons pas qu'elle puisse derechef abandonner ces moyens pour déferer une seconde fois le serment : la loi 11, au Code *de rebus creditis*, le décide ainsi. En effet, la première rétractation emporte une renonciation absolue au droit d'exiger ce serment : une seconde variation ne serait pas tolérable, parce qu'on ne doit pas se faire un jeu du serment et de la bonne foi des parties. (Extrait des cahiers dictés en la faculté de Caen, par M. Thomine.)

[[M. THOMINE DESMAZURES reproduit cette opinion, qui est exacte, dans son *Commentaire* in-4°, t. 1, p. 238.]] **Supp. alph.**, v° *Serment*, n. 37 et suiv.

509. *Auquel du demandeur ou du défendeur appartient l'expédition et la signification du jugement qui ordonne le serment?*

Cette question, dit M. DEMIAU-CROUZILHAC, p. 108, a souvent été agitée entre avoués. Dans plusieurs endroits, ajoute-t-il, la chambre des avoués a décidé que l'expédition et la copie du jugement appartiennent à celui qui a gagné la cause, parce que c'est son titre, soit pour l'exécution, soit pour établir la libération.

Mais cet auteur pense que, dans l'espèce particulière d'un jugement qui ordonne un serment, c'est au demandeur, attendu que le gain de la cause est subordonné à la prestation ou au refus du serment, qu'appartient l'expédition et le droit de copie, sauf à lui à remettre l'original au défendeur, lorsque celui-ci aura rempli la condition. « En cela, dit-il, il n'est fait aucun tort à la « partie qui a succombé conditionnellement, parce qu'en général les frais d'un « tel jugement sont à sa charge ; ainsi, qu'elle les avance ou qu'elle les rem- « bourse, lorsque la condition est remplie, c'est pour elle le même résultat.

« S'ils étaient adjugés *æqualiter*, elle devrait toujours en rembourser une « moitié : il n'y a donc aucune raison pour intervertir le principe général, qui « veut que les jugements appartiennent au poursuivant, tant qu'ils sont pour « lui des titres dont il peut se prévaloir pour le succès de sa demande, c'est-« à-dire tant que sa demande est incertaine. »

Nous pensons, sur cette question, que, le jugement qui ordonne un serment pouvant être levé et signifié par la partie la plus diligente, c'est à elle que le jugement appartient. Si, en effet, ce jugement doit être considéré comme étant un titre dont le demandeur peut se prévaloir pour hâter la fin du procès, il n'en est pas moins vrai qu'il constitue un titre de même nature pour le défendeur auquel le serment est déféré. Que, par les résultats de la prestation ou du refus du serment, ce soit le demandeur ou le défendeur qui obtienne gain de cause en définitive, le jugement qui décerne acte de la prestation ou du refus, établit un titre suffisant pour la partie qui réussit ; et si elle a besoin de celui qui ordonne le serment, la copie qui lui en a été signifiée par sa partie adverse, qui a été la plus diligente, n'équivaut-elle pas pour elle à l'original ? Sous tous les rapports, la partie, quelle qu'elle soit, demanderesse ou défenderesse, se trouve donc munie suffisamment des jugements qui sont ses titres, et il n'y a point lieu à faire, après le jugement définitif, la remise de l'original du jugement qui ordonne le serment, ainsi que le dit M. Demiau-Crouzilhac. Quant aux frais de retrait et de signification, c'est, comme il le dit encore, celui qui succombe en définitive qui les acquitte, et ainsi tous les intérêts sont ménagés : c'est de la sorte que l'on pratique au tribunal civil de Rennes.

[[*V.* les *Questions* 506 et 507.]]

510. *Un avoué peut-il déférer le serment, ou déclarer accepter la délation pour sa partie?*

V. les *Questions* traitées sur l'art. 352.

511. *Le serment déféré est-il censé prêté, si la partie décède ou devient incapable avant le jour indiqué pour sa comparution?*

« Les choses rentrent dans le même état, disent les auteurs du *Praticien*, « aux notes, t. 1, p. 338, et le jugement est censé non avenu, attendu que, « tout ici étant personnel, l'héritier ne peut représenter le défunt. »

LAPEYRÈRE, lettre *S*, décide que, lorsqu'il n'a pas tenu à la partie qu'elle n'ait fait le serment, il est réputé avoir été prêté ; et, pour décider le contraire, dit M. DEMIAU-CROUZILHAC, p. 106, il faudrait que la partie eût été sommée à jour fixe pour le faire, et qu'elle eût différé par sa faute d'obéir à cette sommation. Mais Lapeyrère et M. Demiau présupposent que la délation du serment a été acceptée, distinction que ne font pas les auteurs du *Praticien*, et qui est essentielle.

La question dont il s'agit est importante, et, à notre connaissance, elle n'a été traitée que par Lapeyrère ; mais la solution qu'il en donne ne serait fondée que sur ce qu'il y aurait contrat judiciaire, formé entre les deux parties, par le seul fait que celle à qui le serment serait déféré aurait déclaré qu'elle est prête à le faire.

On pourrait croire appuyer cette raison de décider sur la disposition de l'art. 1364 du Code civil, portant « que la partie qui a déféré ou référé le ser-« ment ne peut plus se rétracter, lorsque l'adversaire a déclaré qu'il est prêt à « faire ce serment. »

Cependant on objecterait, et avec succès, selon nous, que cette disposition

n'a d'autre motif qu'un engagement judiciaire, que la loi suppose formé entre les deux parties, sur une *condition* de laquelle elles conviennent de faire dépendre l'issue du procès. (*V.* les *Discours* des orateurs du gouvernement et du Tribunat, édit. de F. Didot, t. 5, p. 100 et 204.) Mais enfin les résultats sont, en définitive, attachés à l'accomplissement de cette *condition*; et si, par l'événement du décès ou de l'incapacité de la partie à qui le serment était déféré, elle ne peut être remplie, par quel motif le serment serait-il censé prêté? N'est-il pas dans l'ordre des choses possibles que celui qui aurait déclaré être prêt à jurer soit retenu par le cri de sa conscience, au moment de consommer un crime en prêtant un faux serment? cette possibilité ne vient-elle pas se réunir aux principes généraux du droit, d'après lesquels un contrat ne produit ses effets que par l'accomplissement de la condition sous laquelle il est formé; et, par cette considération, ne doit-on pas décider, contre le sentiment de Lapeyrère, en faveur de celui des auteurs du *Praticien?* (*V.* Code civil, art. 1168, 1175 et suiv.) (1).

[[THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 239 et 240, embrasse sur cette question l'opinion de M. Carré, qui a été repoussée néanmoins par deux arrêts, l'un de la Cour de Douai du 26 mai 1814 (*S.*, t. 15, 2, 234, et *J. Av.*, t. 21, p. 217), l'autre de la Cour d'Aix du 13 août 1829 (*S.*, 29, 2, 286, et *Gazette des Tribunaux* du 11 septembre 1829); mais il faut observer avec cet auteur et avec M. BONCENNE, t. 2, p. 515, que ces arrêts paraissent fondés sur des circonstances particulières qui semblaient ne plus laisser de doute sur la vérité du fait qui devait être affirmé. Le Parlement de Bordeaux avait également regardé comme définitivement prêté un serment qui réellement n'avait pu l'être avant la mort de celui qui devait le faire, mais cela par suite de manœuvres frauduleuses de la part de son adversaire.

C'est à des circonstances de cette nature qu'on peut avoir égard pour embrasser l'opinion de Lapeyrère; mais en principe nous croyons qu'elle ne serait pas fondée. D'ailleurs il est des espèces où l'absence du serment, par la mort de la partie, ne pourrait, en aucune manière, équivaloir à sa prestation, par exemple s'il avait été déféré sur la quotité indécise d'une dette, la consistance d'une succession, etc.]] **Supp. alph.**, v° *Serment*, n. 43 et suiv.

Supp. alph., v° *Serment*, n. 49 et 50. *Comment un serment prêté peut-il être rétracté?*

ART. 121. Le serment sera fait par la partie en personne, et à l'audience. Dans le cas d'un empêchement légitime et dûment constaté, le serment pourra être prêté devant le juge que le tribunal aura commis, et qui se transportera chez la partie, assisté du greffier.

Si la partie à laquelle le serment est déféré est trop éloignée, le tribunal pourra ordonner qu'elle prêtera le serment devant le tribunal du lieu de sa résidence.

Dans tous les cas, le serment sera fait en présence de l'autre partie, ou elle dûment appelée par acte d'avoué à avoué; et, s'il n'y a pas

---

(1) On remarquera que cet ouvrage n'a que le Code de procédure pour objet, et que ce serait s'en écarter que de traiter des questions qui n'auraient de rapports directs qu'avec le Code civil. Ainsi, nous renvoyons, sur plusieurs difficultés que présentent les dispositions de ce Code, aux ouvrages de MM. Toullier et Delvincourt. Nous conseillons encore de lire le *Traité* de M. CROUZILHAC, p. 102 et 107, et celui de M. PIGEAU, t. 1, p. 241 et suiv., qui, à l'occasion du Code de procédure, ont traité d'intéressantes questions sur les dispositions de l'autre.

[Il en est de même de MM. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 284 à 293, et BONCENNE, t. 2, p. 482 et suiv.]

d'avoué constitué, par exploit contenant l'indication du jour de la prestation.

Tarif, 29, 70. — [Notre Comm. du Tarif, t. 1, p. 188 à 190, nos 7 à 16.] — Code civ., sect. 5, chap. 6, tit. 3, liv. 3.—Code de Proc., art. 534, 1038.—Règlement du 30 mars 1808, art. 63. — [Notre Dict. gén. de Proc., vis *Acquiescement*, n° 215; *Appel*, n° 154; *Jugement par défaut*, n° 97; *Serment*, nos 30 à 34 37, 40 à 43, 45, 46, 49 à 51, 55 à 61. — Locré, t. 21, p. 271, n° 16, et p. 421, n° 73. — QUESTIONS TRAITÉES : Le serment peut-il être prêté par un fondé de pouvoir? *Q.* 512. — Existe-t-il, pour certaines personnes, une exception à la règle générale que le serment doit être fait par la partie en personne et à l'audience? *Q.* 513. — Faut-il encore se conformer à l'ancien usage, suivant lequel les corps et communautés étaient autorisés à prêter serment par un fondé de pouvoir pris parmi leur membres? *Q.* 514. — Le tuteur peut-il déférer, référer ou accepter le serment, sans remplir préalablement les formalités prescrites par les art. 464, 467 et 2045 du Code civil? *Q.* 515. — Que doit faire la partie à laquelle le serment est déféré si elle ne peut se transporter à l'audience? *Q.* 516. — Un tribunal peut-il révoquer la commission qu'il aurait donnée à un autre à l'effet de recevoir le serment d'une partie? *Q.* 517. — La loi a-t-elle prescrit, pour le serment judiciaire, une forme à laquelle tout Français soit assujetti, quel que soit son culte? *Q.* 518.—Peut-on exiger, de celui qui professe notoirement une religion qui admet une forme particulière de serment, qu'il le prête en cette forme et non pas selon la forme ordinaire? *Q.* 519.— Pour que la partie adverse de celui auquel le serment est déféré se présente à l'audience, à l'effet d'assister à la prestation, suffit-il de lui accorder les délais requis pour les actes d'avoué à avoué? *Q.* 520. — Si la partie adverse n'a été ni présente ni appelée à la prestaion du serment, cette prestation sera-t-elle nulle et sans effet? *Q.* 520 *bis*. — Y aurait-il acquiescement au jugement qui défère le serment d'office, si la partie assignée pour être présente à sa prestation laisse défaut, ou si, présente, elle ne fait pas de protestation? *Q.* 521.] (1) V. *infrà*, p. 607, Q. 547 *bis* et p. 612, Q. 524 *bis*.

512. *Le serment peut-il être prêté par un fondé de pouvoir?*

Cette faculté était autrefois accordée dans le ressort de quelques Parlements. (*V.* l'*Essai sur la nature des preuves*, par M. GABRIEL, p. 182.) En Bretagne, on admettait l'opposition à ce qu'un serment fût prêté par procureur sur une procuration spéciale. « Il faudrait, disait DUPARC-POULLAIN, t. 9, p. 452, n° 30, « des motifs indispensables pour autoriser le juge à ne point avoir égard à « cette opposition, dans tous les cas où il n'est pas question d'un serment de « pure formalité. »

Aujourd'hui, d'après ces termes de l'art. 121, *le serment sera fait par la partie* EN PERSONNE *et à l'audience*, il n'est pas douteux qu'il ne peut être prêté par un procurateur ou *dans une maison privée*, si ce n'est dans les cas d'exception prévus par le même article. Le motif de cette disposition de l'art. 121 se trouve dans cette observation de HENRYS, t. 1, liv. 4, chap. 6, 21e *Question* : Que, le serment se faisant en *l'audience et publiquement, la présence du juge et le respect du lieu impriment quelque terreur, et que tel qui ne se ferait point de scrupule de se parjurer en maison privée n'a pas l'assurance de le faire dans un auditoire*. On sent que cette observation s'applique à plus forte raison au serment qui serait prêté par un procurateur. (*V.* arrêt de Poitiers, 21 prairial an XI; *S.*, t. 3, 2e partie, p. 478, et *J. Av.*, t. 21, p. 195) (2).

---

(1) JURISPRUDENCE.

[Nous pensons que :

1° Il n'est pas nécessaire que le procès-verbal de prestation de serment soit communiqué à celui qui l'a déféré, et le jugement peut être prononcé, sans autre formalité, aussitôt après la prestation. Turin, 31 décembre 1810 (*J. Av.*, t. 21, p. 216, et *S.*, t. 11, 2e partie, p. 182.)

2° L'arrêt qui change le jour fixé pour la prestation du serment, et celui qui donne acte d'une prestation de serment, sont des arrêts de pure exécution, ne prononçant point de décisions judiciaires, non susceptibles, par conséquent, d'opposition s'ils sont rendus par défaut, et pouvant être exécutés avant l'expiration de la huitaine. Rennes, 24 août 1820 (*J. Av.*, t. 38, p. 320), et cassat., 7 février 1831 (*J. Av.*, t. 31, 1re part., p. 104). *V.* toutefois la *Quest.* 521.

3° Il n'en est pas de même de l'arrêt qui déclare une partie déchue de la faculté de prêter serment, faute par elle de se présenter au jour indiqué : la déclaration de déchéance est une décision judiciaire qui ouvre la voie de l'opposition. Amiens, 12 août 1826 (*J. Av.*, t. 35, p. 129).]

(2) Il n'est qu'un cas où l'affirmation judiciaire peut être faite par procurateur ; c'est celui de l'art. 534.

Cependant Henrys exceptait les personnes *constituées en dignité*, et cette exception conduit à la question suivante.

[[Il ne peut s'élever le moindre doute sur cette question, que resolvent de la même manière MM. DEMIAU-CROUZILHAC, p. 107 et 108; PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 290; FAVARD DE LANGLADE, t. 3, p. 155, n° 1; THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 240; BONCENNE, t. 2, p. 508, et BOITARD, t. 1, p. 474. Ce qui confirme pleinement cette solution, c'est que le projet de l'art. 121 accordait la faculté de prêter le serment par procureur, et que cette disposition fut retranchée au conseil d'État sur les observations du ministre de la justice et d'autres jurisconsultes, qui en firent sentir les inconvénients. (*V.* LOCRÉ, t. 21, p. 271, n° 16.)]] **Supp. alph.**, n° *Serment*, n. 51 et suiv.

513. *Existe-t-il, pour certaines personnes, une exception à la règle générale, que le serment doit être fait par la partie en personne et à l'audience?*

Bretonnier, sur Henrys (*ibidem*), dit que, suivant l'usage qui se pratiquait de son temps, l'on ne dispensait personne de cette obligation. Il faut dire que cet usage n'était pas général autrefois; mais aujourd'hui, que l'on a considéré qu'il n'y a véritablement aucun motif de dépouiller le serment de tout appareil, qu'il y en a de très solides pour le rendre toujours solennel et public, il n'existe aucune disposition législative qui dispense qui que ce soit d'affirmer en personne et à l'audience; et conséquemment, les règles du droit commun doivent être appliquées sans exception. (*V.* DEMIAU-CROUZILHAC, pages 107 et 108.)

[[Nous partageons cette opinion.]]

514. *Faut-il encore se conformer à l'ancien usage, suivant lequel les corps et communautés étaient autorisés à prêter serment par un fondé de pouvoir pris parmi leurs membres?*

Remarquons d'abord que le serment décisoire doit être considéré tout à la fois comme une transaction et comme une aliénation; comme une transaction, puisque la décision de la cause est subordonnée à la prestation ou au refus; comme une aliénation, puisqu'il peut constituer une dette ou une libération. Il suit de là, et nous l'avons déjà dit *Quest.* 236, qu'il n'y a que ceux qui ont la disposition de leurs droits qui puissent déférer ce serment, et auxquels il puisse être déféré.

Ainsi, la femme autorisée purement et simplement pour plaider ne peut déférer, référer ni accepter le serment, sans une autorisation expresse (C. civ., art. 1108 et 1124); un tuteur ne le peut pas non plus, sans avoir rempli certaines formalités (*ibidem*, art. 464, 467 et 2045); il en est ainsi des agents, syndics et administrateurs des établissements publics, des maires, etc. : il faut qu'ils soient expressément autorisés par leurs supérieurs dans la hiérarchie administrative. (*V.* POTHIER, *Traité des obligations*, n° 821; PIGEAU, t. 1, p. 242; DEMIAU-CROUZILHAC, p. 104 et 105.)

Ce n'est donc que dans le cas où des administrateurs d'établissements publics auraient été autorisés à déférer un serment et à le prêter, en cas qu'il leur fût référé, que la question ci-dessus posée pourrait se présenter. Mais nous pensons qu'elle serait résolue négativement, par la raison que l'art. 121 n'établit point en faveur des administrations d'exception à l'obligation qu'elle impose, en termes généraux, à la partie, de comparaître personnellement à l'audience. Si cette exception avait été dans le vœu du législateur, il l'eût établie formellement, ainsi qu'il l'a fait pour les interrogatoires dans l'art. 336.

Aussi M. Pigeau n'a-t-il point répété, dans son nouveau *Traité de Procédure*,

ce qu'il avait dit dans son ancien, t. 1, p. 262, sur cette faculté accordée à des administrateurs, de prêter serment par l'intermédiaire de l'un d'entre eux. On retrouve bien une mention de cette faculté dans le *Nouveau Répertoire* au mot *Affirmation*, t. 1, p. 137; mais le passage appartient à l'ancienne édition, et M. Merlin n'ajoute rien qui puisse faire présumer qu'elle doive encore être accordée.

Au reste, cette faculté ne serait donnée, comme le disait M. Pigeau, qu'à raison de la difficulté, et souvent de l'impossibilité de faire prêter le serment à tous les membres d'une administration; mais l'art. 1035 autorisant le tribunal à commettre un tribunal voisin, un juge, même *un juge de paix*, pour recevoir le serment, toute difficulté s'évanouit, puisque la prestation devant ce juge ne présente pas plus d'obstacles que celle que chacun des administrateurs devait faire, suivant M. Pigeau et le *Répertoire*, aux mains du notaire rapporteur de la procuration qu'ils donnaient à un de leurs collègues, pour répéter ce serment en justice.

[[Nous regardons cette question comme oiseuse : car il nous semble que le serment ne peut jamais être logiquement déféré à un corps, une communauté, un établissement public quelconque. Le serment est un acte du for intérieur, un témoignage de la conscience : or, ce mot, cette idée de conscience ne peuvent avoir de sens qu'en les appliquant à des individus; tout est extérieur dans ce qui constitue la communauté, il n'y a point en elle de moralité proprement dite. Si un faux serment est fait au nom d'un corps ou d'un établissement, peut-on dire que sa conscience en demeure chargée? On répondra peut-être que l'on s'adresse à la conscience de l'administrateur pour obtenir de lui la vérité sur un fait qui est à sa connaissance personnelle. Mais alors ce n'est pas le serment décisoire ou supplétif que vous exigez de lui, c'est le serment d'un témoin; du moment que vous mettez en scène la *conscience* de l'administrateur, vous individualisez cet homme, vous lui ôtez sa qualité d'administrateur, vous n'envisagez plus en lui uniquement les rapports qu'il a avec l'administration dont il exerce les actions.

En un mot, ce n'est pas la partie que vous mettez en demeure de jurer, elle ne peut pas le faire puisqu'on ne peut pas dire qu'elle ait une conscience. C'est la conscience d'un tiers que vous lui attribuez. Est-ce bien là, nous le demandons, le genre de preuve auquel les art. 1357 et suiv. du Code civil, attachent tant d'importance et de force?

Il en est autrement de l'interrogatoire sur faits et articles, dont les formes sont réglées par l'art. 336 du Code de procédure.

Il est toutefois certain que les corps ou communautés peuvent déférer le serment à leurs adversaires.]]

515. *Le tuteur peut-il déférer, référer ou accepter le serment, sans remplir préalablement les formalités prescrites par les articles* 464, 467 *et* 2045 *du Code civil?*

Nous avons dit, sans distinction, qu'il devait remplir ces formalités. Telle paraît être l'opinion de M. TOULLIER, t. 2, p. 456 et 468. Mais M. Delvincourt fait observer que si le tuteur ne peut déférer le serment, ce ne peut être, d'après l'art. 464, que dans le cas où l'action serait immobilière. En effet, si l'action est purement mobilière, comme le serment est plutôt un acquiescement qu'une transaction, et que le même art. 464 lui permet d'acquiescer, il semble qu'il peut déférer le serment et le prêter.

[[Le tuteur nous paraît être, à l'égard du serment, dans le même cas que l'administrateur d'un établissement public. (*V.* nos observations sur la question précédente.)]]

516. *Que doit faire la partie à laquelle le serment est déféré, si elle ne peut se transporter à l'audience?*

Elle doit présenter une requête, dans laquelle elle expose les causes de l'empêchement, et y joindre les pièces justificatives. Cette requête doit être signifiée à avoué, avec avenir à l'audience. C'est, disent les auteurs du Commentaire inséré aux *Annales du Notariat*, ce qui résulte des termes du § 1er de l'art. 121. Il dit, en effet, qu'en cas d'empêchement légitime et dûment *constaté*, le serment pourra être prêté devant le juge que le tribunal aura commis. Il faut donc, et que le tribunal constate la légitimité de l'empêchement, et qu'après avoir reconnu cette légitimité, il commette un juge pour recevoir ce serment. Or, tout cela ne peut se faire qu'à l'audience, et après avoir entendu les observations de la partie adverse.

Si l'on ne s'arrêtait qu'à ce mot *constaté*, peut-être n'y trouverait-on pas une raison suffisante pour décider que la légitimité de l'empêchement doit être jugée à l'audience et contradictoirement. On dirait que ce mot *constate* ne s'entend que des pièces que l'on doit produire pour justifier l'empêchement; mais la principale raison qui nous porte à croire que la marche indiquée par les auteurs que nous venons de citer est dans le vœu de la loi, c'est que la partie adverse peut avoir intérêt à contester les causes de l'empêchement, afin d'obliger l'autre à comparaître, dans l'espoir que la solennité de l'audience, l'appareil du tribunal, la présence des juges et celle du public, produiront sur elle l'impression et les effets que le législateur a attendus de la comparution personnelle, et l'empêcheront de faire une fausse déclaration. (V. *Comm.* ci-dessus cité, t. 1, p. 236.)

[[Cela est juste et enseigné par MM. FAVARD DE LANGLADE, t. 3, p. 155, n° 3; et THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 240. Mais il dépend du tribunal d'ordonner que le serment soit prêté devant le juge commis, dans la chambre du conseil; Cass., 17 février 1836 (*J. Av.*, t. 51, p. 430).]]

517. *Un tribunal peut-il révoquer la commission qu'il aurait donnée à un autre, à l'effet de recevoir le serment d'une partie?*

Nous tenons pour certain que les tribunaux ont toujours la faculté de révoquer les commissions qu'ils ont décernées pour des actes d'instruction, pourvu toutefois qu'elles n'aient pas commencé à recevoir leur exécution.

« Suivant ce principe, un tribunal peut donc recevoir un serment qu'il a « ordonné, encore bien qu'il en eût confié la réception à un autre tribunal, « devant lequel il n'aurait été fait aucune suite pour l'exécution de cette com- « mission. (*V.* arrêt de la Cour d'appel de Rennes du 2 avril 1810; *J. Av.*, t. 1, p. 145.)

[[*Voyez* les questions sous l'art. 1035.]]

Supp. alph., v° *Serment*, n. 68. *Commission rogatoire d'un tribunal étranger pour recevoir un serment en France.*

518. *La loi a-t-elle prescrit, pour le serment judiciaire, une forme à laquelle tout Français soit assujetti, quel que soit son culte!*

Un arrêt de la Cour de cassation du 28 mars 1810 (V. *S.*, t. 10, 1re part., p. 226; et *J. Av.*, t. 21, p. 213), décide que l'affirmation prêtée par un quaker en la forme que prescrit sa religion, est un véritable serment, attendu que les dispositions du Code civil n'ont point prescrit de formes particulières pour cet acte de religion, et que la liberté des cultes est garantie par les lois de l'Etat, à tous ceux qui habitent son territoire.

Mais il résulte aussi de cette décision que la personne à laquelle le serment a été déféré doit être notoirement reconnue pour professer le *quakérisme*.

Les motifs qui ont porté la Cour de cassation à résoudre de la sorte question dont il s'agit, nous paraissent s'appliquer au sectateur de toute religion dont le culte ne serait pas proscrit par les lois de l'Etat, et qui prescrirait une forme particulière de serment. Cela du moins ne peut faire la matière d'un doute relativement aux juifs, puisque leur culte est toléré.

Mais les auteurs (*V.* entre autres le *Nouveau Répertoire*, au mot *Serment*, § 3, p. 11) regardent comme nul un serment fait par un anabaptiste, suivant le rite admis dans sa secte, parce que l'exercice de son culte n'est point, comme celui des juifs, autorisé par les lois de l'Etat. Ils se fondent sur le § 3 de la loi 5, au ff, *de Jurejurando*, laquelle, après avoir décidé que l'on doit se rapporter au serment prêté par quelqu'un, sur une chose qu'il regarde comme respectable, par une façon de penser qui lui est propre, considere néanmoins comme nul le serment qui aurait été prêté selon les rites d'une religion dont le culte est *prohibé par les lois de l'État*.

Nous croyons que cette restriction de la loi romaine pourrait être prise en considération dans le cas dont elle parle, si ce cas se présentait. Mais si l'*anabaptisme* n'est point reconnu par les lois françaises, il n'est point prohibé par elles; et tout ce que l'on peut dire en faveur du quaker, pour l'admettre à affirmer selon sa religion, peut être maintenu en faveur de l'anabaptiste, la religion de l'un n'étant pas plus reconnue par nos lois que celle de l'autre (1).

[[*Voyez*, au titre des *Enquêtes*, nos observations sur la *Question* 1028, t, 2, p. 589.]]

519. *Peut-on exiger, de celui qui professe notoirement une religion qui admet une forme particulière de serment, qu'il le prête en cette forme, et non pas selon les formes ordinaires?*

Cette question a été résolue d'une manière opposée par les Cours de Nancy et de Turin. (V. *S.*, t. 9, 2e part., p. 237 et 328.) M. MERLIN, dans son *Nouveau Répertoire*, au mot *Serment*, § 3, p. 12 et suiv., rapporte les arrêts de ces Cours; mais il est à regretter que ce savant auteur n'ait pas résolu la question qu'elles ont diversement décidée.

On peut voir, dans les remarques de M. Sirey sur l'arrêt de la Cour de cassation rapporté sur la précédente question, et sur un arrêt de la même Cour du 12 juillet 1810, que nous ferons connaître sur l'art. 262(V. *S*,, t. 10, 1re part., p. 329; et *J. Av.*, t. 21, p. 213), quelles sont les raisons que l'on peut opposer contre l'arrêt par lequel la Cour de Nancy a décidé pour l'affirmative la question que nous venons de poser.

Nous nous bornerons à remarquer que cette question n'est pas de nature à se présenter souvent; car il est difficile de penser qu'un homme qui professe notoirement une religion qui prescrit une forme particulière de serment, se détermine, par le besoin de sa cause, à faire une sorte d'abjuration tacite

(1) Il y a d'ailleurs une raison décisive en faveur de cette opinion; c'est que les lois civiles ne peuvent être entendues que dans un sens concordant avec la liberté des cultes. Or, ce serait évidemment porter atteinte à cette liberté, que de faire dépendre le sort des contestations judiciaires d'un acte religieux qu'il ne serait pas permis de faire dans la forme prescrite par la religion de celui auquel cet acte serait imposé, et qu'il devrait, au contraire, faire dans une forme que sa religion rejetterait, soit par un précepte formel, soit par cela seulement qu'elle en prescrirait un autre. (Cassat., 12 juill. 1810, *S.*, t. 10, 1re part., p. 329, et *Dissertation* de cet arrêtiste, même année, p. 228, et *J. Av.*, t. 21, p. 213.)

à s'exposer ainsi au mépris de ses coreligionnaires, en insistant pour ne pas jurer suivant cette forme; il est encore assez difficile de supposer qu'il se trouve des hommes assez ignorants pour modifier la religion au gré de leurs intérêts, au point de croire qu'en ne jurant pas suivant la forme que prescrit celle qu'ils professent, ils ne seront pas liés suivant la conscience.

Aussi voyons-nous, dans l'espèce de l'arrêt rendu par la Cour de Turin, le 22 février 1809, que le juif dont on exigeait le serment suivant le rite judaïque se bornait à soumettre à cette Cour la question de savoir s'il ne devait pas le prêter dans la forme ordinaire, et offrait au surplus de l'outrer selon son culte.

Il est vrai que, dans l'espèce de l'arrêt de Nancy, la partie à laquelle le serment était déféré insistait pour être dispensée de le prêter suivant les formes voulues par le rite de la religion à laquelle la partie adverse soutenait qu'elle était attachée.

Sans chercher à approfondir cette question délicate, nous nous bornerons à dire que la loi n'ayant pas prescrit une forme de serment à laquelle elle ait entendu soumettre tous les Français, quel que fût le culte de chacun, elle a voulu laisser aux tribunaux le soin de concilier le respect dû à la liberté des consciences, avec ce qu'exigent les intérêts privés des parties. Ainsi, nous pensons, 1° que toutes les fois qu'il est notoire qu'un individu, au moment où il se propose de prêter un serment, est resté attaché à un culte qui prescrit une forme particulière, les juges peuvent lui ordonner d'affirmer suivant cette forme; 2° qu'ils peuvent aussi l'en dispenser, suivant qu'ils ont lieu de croire qu'il n'est pas certain qu'il reste attaché à cette religion qu'il aurait professée, ou que ce soit par mauvaise foi qu'il refuse de jurer selon la forme qu'elle prescrit. Les circonstances, la moralité de l'individu, sont, en ce cas, les seules raisons de décider; et, comme la loi ne prescrit ni formes, ni formules, comme le jugement ne reposerait que sur des considérations de fait, il est incontestable qu'il ne serait pas sujet à cassation.

[[*Voyez*, au titre des *Enquêtes*, nos observations sur la *Quest.* 1028, t. 2, p. 589.]] **Supp. alph.**, v° *Serment*, n. 72 et s.

520. *Pour que la partie adverse de celui auquel le serment est déféré se présente à l'audience, à l'effet d'assister à la prestation, suffit-il de lui accorder les délais requis pour les actes d'avoué à avoué?*

La Cour d'appel de Trèves, par arrêt du 4 mars 1808, rapporté dans la *Biblioth. du Barr.*, 2e part., 1808, t. 1, p. 194, et *J. Av.*, t. 21, p. 200, a décidé qu'il fallait au contraire qu'il y eût un délai assez long entre la signification et le jour fixé pour le serment, pour que l'avoué pût prévenir la partie, et que celle-ci pût se présenter devant le tribunal.

Mais cette Cour n'a déterminé aucun délai; elle a seulement déclaré la partie à laquelle le serment avait été déféré non recevable à le prêter pour le moment. Il paraît, disent les arrêtistes, que le délai doit être de huit jours francs, plus un jour pour trois myriamètres de distance, à moins toutefois qu'on n'ait obtenu du juge la permission d'assigner à bref délai.

Nous opposons un arrêt de la Cour de cassation du 22 nov. 1810 (*V.* SIREY, 1811, p. 24), par lequel il a été décidé que la prorogation de délai, à raison d'un jour par trois myriamètres de distance, voulue par l'art. 1033, pour les actes faits à personne ou à domicile, ne doit pas être accordée dans le cas d'une assignation à donner au domicile de l'avoué à la partie, afin qu'elle soit présente à l'enquête. (ART. 261.)

Or, nous trouverons même motif de décider à l'égard de l'assignation qui doit être également donnée à la partie, au domicile de son avoué, afin qu'elle

soit présente au serment. Ce motif est que l'art. 121, comme l'art. 261, ne prescrit point la prorogation du délai, que l'art. 1033 n'accorde que pour les actes faits à personne ou à domicile.

Il est cependant des jurisconsultes qui pensent que, s'il était prouvé que le simple délai de huitaine ne saurait suffire à l'avoué pour avertir son client le tribunal ne pourrait, sans injustice, refuser un délai suffisant. Nous partageons cette opinion, et ainsi, nous nous bornerons à dire que le délai à raison des distances n'est pas rigoureusement obligatoire.

[[Le 9 déc. 1807 (*J. Av.*, t 21, p. 198), la Cour d'Orléans a jugé comme la Cour de Trèves. M. FAVARD DE LANGLADE, t. 3, p. 155, n° 3, partage cette opinion, qui n'est pas celle de M. THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 241. Nous croyons que la question actuelle doit être régie par les mêmes principes que celle qui est relative aux délais de l'assignation à une partie pour être présente à l'enquête; on trouvera donc notre avis formulé sous la *Quest.* 1020, au titre des *Enquêtes*, t. 2, p. 568.]] **Supp. alph.**, v° *Serment*, n. 76 et suiv.

[[**520** bis. *Si la partie adverse n'a été ni présente, ni appelée à la prestation du serment, cette prestation sera-t-elle nulle et sans effet?*

Quoique la présence de la partie adverse ait été, dans le vœu du législateur, une des conditions les plus importantes de la prestation du serment, il n'a point attaché à l'omission de cette formalité la peine de nullité, et comme on ne peut disconvenir qu'elle n'est pas essentielle au serment lui-même, il n'est point permis de la suppléer; il n'y aurait donc pas nullité dans l'espèce proposée; c'est ainsi que l'a jugé, par arrêt du 21 mai 1811 (*J. Av.*, t. 22, p. 259), la Cour d'Aix, dont MM. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 292; BERRIAT-SAINT-PRIX, p. 493, note 6, n° 1, et les auteurs du *Praticien français*, t. 1, p. 389, approuvent la doctrine. La même solution résulte d'un arrêt de la Cour de Nîmes du 30 janv. 1819 (*J. Av.*, t. 1, p. 211), puisqu'il décide que le serment peut être prêté en présence de l'avoué seulement, lorsqu'il l'est immédiatement après le jugement qui le défère.

A plus forte raison, la présence ou l'appel de la partie adverse ne serait-elle pas essentielle à la prestation d'un serment extrajudiciaire, celui, par exemple, qui est déféré au bureau de paix. Les conventions des parties doivent seules faire loi dans ce cas; Pau, 11 mars 1824 (*J. Av.*, t. 28, p. 182.)]] **Supp. alph.**, v° *Serment*, n. 80 et 81.

521. *Y aura-t-il acquiescement au jugement qui défère le serment d'office, si la partie, assignée pour être présente à sa prestation, laisse défaut?* [[*Ou si, présente, elle ne fait point de protestation?*]]

« Le serment judiciaire que le juge défère d'office ne peut pas, dit DUPARC « POULLAIN, dans ses *Principes de droit*, t. 9, p. 435, avoir le caractère de trans« action que les lois donnent au serment décisoire. Si une partie laisse « outrer, sans protestation, le serment déféré d'office, il peut résulter un ac« quiescement à la sentence; mais si elle *laisse défaut*, et à plus forte raison, « si elle interjette appel de la sentence qui l'ordonne, on ne peut tirer aucune « fin de non-recevoir de la prestation du serment; *les droits des parties sont* « *entiers*, comme ils l'étaient avant le jugement; et dans le tribunal supérieur « on peut prononcer comme si le serment n'eût pas été outré; on peut même « le déférer à l'autre partie. »

Cette opinion a été consacrée par deux arrêts de la Cour d'appel de Rennes, l'un du 10 août 1808, l'autre du 21 avril 1810 (Voy. *Journ. des arrêts de cette*

Cour, t. 1, p. 57); et nous la croyons incontestable, en vertu du principe que le défaut emporte contestation (1).

Il est peu de questions sur lesquelles il ait été rendu autant d'arrêts contradictoires que celle de savoir si la partie qui a été mise en demeure d'assister la prestation d'un serment déféré d'office, et qui ne se présente pas, est présumée dès lors acquiescer au jugement qui a déféré le serment, ou si elle peut encore en interjeter appel.

Pour l'opinion qui déclare l'appel irrecevable, on trouve les arrêts des Cours de Paris, 24 août 1810; de Rennes, 27 août 1812; de Nîmes, 11 juillet 1821 (*J. Av.*, t. 21, p. 205, 2e, 6e et 8e espèces); de Montpellier, 14 déc. 1832 (*J. Av.*, t. 45, p. 438); et l'assentiment de M. Coffinières qui, sur le premier de ces arrêts, s'exprime ainsi : « On peut assimiler au serment décisoire celui auquel un jugement subordonne l'effet de la condamnation qu'il prononce; car, pour mettre le jugement à exécution, la partie qui l'a obtenue ne peut se soustraire à la prestation d'un tel serment, de même que, pour obtenir gain de cause, elle ne peut se refuser au serment décisoire que l'autre partie lui défère. Ainsi le défaut d'opposition à la prestation du serment et l'acquiescement au jugement qui en donne acte rendent la partie non recevable à critiquer le jugement de condamnation. »

A ces autorités il faut encore ajouter celle de trois autres arrêts des Cours de Grenoble, 7 juin et 26 août 1808, et de Cassation, 8 juin 1819 (*J. Av.*, t. 1, p. 136), qui décident que lorsque la partie, présente à la prestation du serment déféré d'office à son adversaire, ne fait aucune protestation ni réserve, il y a acquiescement de sa part et renonciation à l'appel.

Ces deux cas, celui où la partie fait défaut, et celui où elle se présente sans protester, sont rangés par la Cour de Nîmes sur la même ligne. Il nous paraît, au contraire, qu'il y a une différence essentielle : et la lecture des trois arrêts cités en dernier lieu, suffira pour se convaincre que cette différence a été parfaitement sentie par les magistrats qui ont prononcé. En effet, la partie qui, appelée, se présente, est censée approuver tout ce qui se fait en sa présence lorsqu'elle ne s'y oppose pas; au contraire, si elle fait défaut, l'on doit voir dans son absence une protestation tacite contre l'acte auquel on l'avait convoquée.

Nous sommes d'ailleurs peu touché de cette considération que le jugement qui déferait le serment a reçu son exécution par la prestation du serment, et que dès lors il n'est plus susceptible d'appel. Cela est vrai, sans doute, en ce qui concerne la partie qui a exécuté le jugement; mais on ne saurait, sans méconnaître les principes les plus élémentaires, soutenir que cela soit également vrai à l'égard de la partie adverse qui est demeurée étrangère à l'exécution de ce jugement; cette exécution n'est pas son fait, pas plus que la délation du serment; et son simple défaut de comparution ne peut à aucun titre être réputé un acquiescement.

C'est dans ce sens que paraît être définitivement fixée la jurisprudence; Rennes, 10 août 1818, 21 mars 1811, 13 mai 1812; Turin, 28 août 1811; Besançon, 15 mai 1818 (*J. Av.*, t. 21, p. 205); Rennes, 2 avril 1810 (*J. Av.*, t. 1, p. 145); Nîmes, 30 janv. 1819 (*J. Av.*, t. 1, p. 211); Amiens, 12 déc. 1822 (*J. Av.*, t. 24, p. 366); Poitiers, 4 mars 1823 (*J. Av.*, t. 25, p. 426); Montpellier, 21 déc. 1825 (*J. Av.*, t. 30, p. 204); Cassation, 21 therm. an VIII (*J. Av.*, t. 1, p. 80); Pau,

---

(1) Quoi qu'il en soit, un arrêt de la Cour de Paris du 24 août 1810 (*J. Av.*, t. 21, p. 205), a jugé le contraire; mais nous n'en persistons pas moins dans notre opinion, conforme d'ailleurs à l'ancienne jurisprudence.

29 août 1837 (*J. Av.*, t. 56, p. 309); Bordeaux, 19 juillet 1833 (*Journ.* de cette Cour, t. 8, p. 486); Colmar, 7 mars 1835 (*J. Av.*, t. 48, p. 313).

Les six derniers arrêts décident aussi que la présence de l'avoué à la prestation du serment ne peut être opposée à la partie absente, comme un acquiescement; et en effet, les pouvoirs généraux de l'avoué ne vont pas jusqu'à lui donner le droit d'acquiescer pour la partie à un jugement; il en faudrait un tout particulier pour cela; à plus forte raison, le silence ne pourrait-il pas compromettre les droits de la partie, si le serment était prêté à l'audience même où il a été déféré d'office; car on ne peut appeler à la face du juge. *Voy.* l'avis conforme de M. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 292.

Quant à la partie qui a prêté le serment, il est bien clair qu'elle ne peut plus appeler du jugement, à moins toutefois que le serment ne lui ait été déféré que sur un des points du litige, auquel cas son appel serait recevable quant aux autres chefs du jugement. C'est ce qui résulte de l'arrêt de la Cour de Montpellier du 21 déc. 1825, cité plus haut, d'un arrêt de la Cour de cassation du 22 flor. an VIII (*J. Av.*, t. 1, p. 78), et d'un arrêt de la Cour de Nancy du 14 déc. 1827 (*J. Av.*, t. 34, p. 185).

Il nous paraît au reste, comme à la Cour de Paris, arrêt du 24 août 1810 (*J. Av.*. t. 21, p. 206, 2e espèce), que l'appel du jugement qui a déféré le serment d'office ne serait pas recevable, si on négligeait d'interjeter appel aussi de celui qui aurait donné acte de la prestation du serment et qui aurait été signifié, attendu que ce dernier aurait acquis l'autorité de la chose jugée; sans que toutefois il soit nécessaire d'interjeter appel du premier avant la prononciation du second; Rennes, 13 mai 1812 (*J. Av.*, t. 21, p. 208, 5e espèce). Il suffit qu'on le fasse dans le délai de trois mois, qui, d'après M. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 293, commence à courir le jour de la signification du jugement qui ordonne le serment et qui est définitif: celui qui intervient plus tard pour donner acte de la prestation n'est qu'une exécution dont l'effet rétroagit à l'époque du jugement. Cette décision est conforme à un arrêt de la Cour de Bruxelles du 8 juillet 1808 (*J. Av.*, t. 21, p. 247).]] **Supp. alph.**, v° *Serment*, n. 85 et suiv.

Supp. alph., v° *Serment*, n. 95 et suiv. *Preuves admissibles contre un faux serment?*

ART. 122. Dans les cas où les tribunaux peuvent accorder des délais (1) pour l'exécution de leurs jugements, ils le feront par le jugement même qui statuera sur la contestation, et qui énoncera les motifs du délai.

Code civ., art. 1180, 1184, 1188, 1244.—*Infrà* sur les art. 124, 125, 442, 530. — [Notre Dict. gén. de Proc., vis *Exécution*, nos 96, 102 à 104, 107, 109 à 112, 115 à 124; *Jugement*, n° 201. —Devilleneuve, v° *Délai*, nos 10 à 29. — Armand Dalloz, v° *Jugement*, nos 178 à 205. — Locré, t. 21, p. 273, n° 17, p. 422, n° 74; p. 534, n° 30. — QUESTIONS TRAITÉES : Les art. 1244 du Code civil et 122 du Code de procédure civile sont-ils applicables en matière commerciale? *Q.* 522. — Lorsqu'en vertu de

---

(1) C'est ce que l'on appelle *délais de grâce*. Le juge n'est point forcé de les accorder. (Cass., 26 mars 1817.)

[Le délai convenu entre les parties se nomme, par opposition, *délai de droit*.

Plusieurs différences, que signalent MM. THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 246, et BOITARD, t. 1, p. 484 et suiv., distinguent l'un de l'autre.

Les intérêts ne courent pas sans stipulation pendant le délai de droit; ils courent pendant le délai de grâce, puisqu'il vient toujours à la suite d'une demande judiciaire. D'ailleurs, s'il en était autrement, le créancier serait sacrifié, ce qui est contraire au vœu de la loi.

La compensation ne peut être opposée pendant le délai de droit; elle peut l'être pendant le délai de grâce; car c'est là un genre de libération qui ne peut gêner le débiteur.

Les actes conservatoires sont autorisés pendant le délai de grâce. (Art. 125.)]

l'art. 122, les tribunaux accordent des délais pour l'exécution de leurs jugements, ces délais sont-ils de rigueur en tous les cas, en sorte qu'ils ne puissent pas être prolongés? *Q.* 523. — Les mêmes articles sont-ils applicables lorsqu'il s'agit d'une obligation exécutoire? *Q.* 524. — La disposition de l'art. 122 est-elle si rigoureusement impérative que les juges ne puissent accorder des délais par un jugement postérieur à celui qui aurait statué sur la contestation? *Q.* 525. — Y aurait-il nullité de la disposition du jugement qui accorderait un délai de grâce, sans énoncer de motifs? *Q.* 525 *bis*.]

LXXXVII. L'art. 1244 du Code civil, auquel se rattache l'art. 122, qui en a l'exécution pour objet, n'a mis aucune restriction à la faculté qu'il accorde aux juges d'accorder des *délais modérés, en considération de la position du débiteur*; il s'est borné à leur recommander de n'user de ce pouvoir qu'avec la plus grande réserve. Ainsi, le juge doit agir ici comme ferait un créancier qui aurait assez d'humanité et de raison pour faire, à l'égard d'un débiteur malheureux, tout ce qui peut être avantageux à celui-ci, sans toutefois compromettre évidemment la sûreté de la créance qu'il porte sur lui.

Il n'est donc pas douteux que les tribunaux peuvent accorder des délais dans tous les cas où la loi ne l'aurait pas défendu, soit par des dispositions expresses, soit par une conséquence nécessaire de son esprit ou de ses dispositions. Nous examinerons ces cas d'exception sur l'art. 124.

Mais il importe de remarquer que les délais doivent être accordés *par le jugement même qui statue sur la contestation*, c'est-à-dire par un seul et même jugement; ce serait, disait l'orateur du gouvernement, *ouvrir la porte à des procédures frustratoires*, que d'autoriser des demandes *tardives* afin d'obtenir un délai. **Supp. alph.**, v° *Délai*, n. 39.

522. *Les art.* 1244 *du Code civil et* 122 *du Code de procédure, sont-ils applicables en matière commerciale?*

La négative résulte de ce passage du discours du tribun Favard, sur le tit. 3 du liv. 3 du Code civil (édit. de Didot, t. 5, p. 139) : « Nous ne parlons pas ici « des obligations de commerce, qui doivent avoir leurs règles particulières, « selon la nature de l'engagement. »

Or, le Code de commerce n'a point renouvelé les dispositions de l'art. 1er, tit. 6 de l'ordonnance de 1669, qui donnaient aux juges, lorsqu'ils condamnaient au paiement de quelque somme, le droit d'accorder une surséance de trois mois. L'art. 2 de la loi du 15 septembre 1807, abroge au contraire cette ordonnance.

Nous ajouterons qu'il résulte clairement des art. 157 et 187 du Code de commerce, que les juges ne peuvent accorder de délais pour le paiement des lettres de change et des billets à ordre.

Mais ces deux articles ne statuant que sur ces deux especes d'obligations commerciales, on pourrait en conclure qu'il y a lieu, dans les autres cas, à appliquer l'art. 122 du Code de procédure et l'art. 1244 du Code civil : et nous sommes d'autant plus porté à le croire, que ces articles renferment une disposition générale, puisqu'ils parlent des *tribunaux indistinctement : Dans les cas*, dit l'art. 122, *où les tribunaux peuvent accorder des délais*, etc. *Les juges*, dit l'art. 1224, *peuvent néanmoins*, etc. (1).

[[Tous les auteurs, et notamment MM. FAVARD DE LANGLADE, t. 3, p. 156, n° 4; THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 242; BONCENNE, t. 2, p. 518, enseignent, en

(1) On voit que ces deux dispositions comprennent les juges des tribunaux ordinaires, comme ceux de commerce. Mais on remarquera que cette addition ne contrarie point l'opinion émise sur la question ci-dessus, puisque nous n'avons parlé que des *obligations* que l'on appelle *effets de commerce*.

effet, que les juges ne peuvent accorder de délai pour le paiement des lettres de change et billets à ordre. Ainsi l'ont jugé les Cour de Colmar, le 12 frimaire an XIV (*J. Av.*, t. 12, p. 544); 24 janvier 1806 (*J. Av.*, t. 12, p, 546); Cass., 21 juin 1812 (*ibid*), et Douai, 13 avril 1814 (*J. Av.*, t. 12, p. 588). Un seul arrêt, rendu par la Cour de Metz le 5 juillet 1814 (*J. Av.*, t. 12, p. 546), a jugé le contraire; mais les motifs de cette Cour prouvent que les considérations de fait ont emporté le droit. Les art. 157 et 187 du Code de commerce sont trop formels pour que deux opinions sérieuses puissent se former sur ce point.

Mais M. Carré a raison de ne pas étendre cette décision à tous les jugements rendus sur des matières commerciales quelconques. Les paroles du tribun Favard, dont on pourrait appuyer cette extension, ont été expliquées par lui, *ubi suprà*, dans le sens restrictif que tous les auteurs précités adoptent.

Cependant il a été jugé, et nous croyons que ce n'est pas une violation des art. 157 et 187 du Code de commerce, que le délai peut être accordé lorsqu'il s'agit d'une lettre de change ou d'un billet à ordre dont la cause n'est pas commerciale; Colmar, 22 novembre 1815 (*J. Av.*, t. 12, p. 592), et Cass., 31 mai 1817 (*J. Av.*, t. 18, p. 584).]] **Supp. alph.**, v° *Délai*, n. 44 et 45.

523. *Lorsqu'en vertu de l'art. 122, les tribunaux accordent des délais pour l'exécution de leurs jugements, ces délais sont-ils de rigueur en tous les cas, en sorte qu'ils ne puissent pas être prolongés?*

Deux arrêts, l'un de la Cour de Nîmes du 14 thermidor an XII, l'autre de la Cour de cassation du 1er avril 1812 (V. *S.*, t. 7, 2e part., p. 826, et t. 14, p. 110; et *J. Av.*, t. 12, p. 534), décident cette question pour l'affirmative. Mais il est à remarquer que ces deux arrêts ont été rendus dans des espèces où les juges, en accordant le délai, avaient déclaré qu'il serait de *rigueur* : d'où résultait qu'en accordant un nouveau délai, on aurait porté atteinte à l'autorité de la chose jugée.

Si, au contraire, aucune distinction pareille n'existait dans un jugement, il semblerait qu'un tribunal ne serait pas rigoureusement empêché d'accorder un nouveau délai. On invoquerait ici la maxime *favores ampliandi*. Cependant M. PERRIN, dans son *Traité des Nullités*, p. 230, paraît être d'un sentiment contraire; mais il se fonde sur l'arrêt du 1er avril 1812, et nous avons vu qu'il a été rendu sur le motif que le juge avait déclaré le délai de rigueur.

[[Il est de principe que nul ne se forclot soi-même, c'est-à-dire, qu'on n'est pas déchu du droit qu'on avait de faire une chose, de rapporter une preuve, de prêter un serment, par cela qu'on n'en a pas usé dans le délai imparti à cet effet. Il faut, pour que la déchéance ait lieu, ou qu'elle ait été prononcée d'avance par l'acte régulateur du délai, ou que la partie qui en devait profiter ait été mise inutilement en demeure de le faire.

Ainsi l'ont jugé les Cours de Colmar, 6 juin 1806 (*J. Av.*, t. 12, p. 550); de Turin, 12 mars 1808 (*J. Av.*, t. 12, p. 553); de Pau, 14 mai 1830 (DALLOZ, 1831, 2 part., p. 83), et la Cour de cassation, les 7 août 1826 (*S.*, 27-1-423), et 10 juillet 1832 (*J. Av.*, t. 43, p. 719). Tous ces arrêts déclarent le délai purement comminatoire.

Il n'en est pas ainsi du délai qualifié de *rigueur*, par le jugement même qui l'accorde, comme l'a décidé, avec les deux arrêts cités par M. Carré, celui de la Cour de Rennes du 18 mars 1826 (*J. Av.*, t. 34, p. 341).

La Cour de Colmar s'est montrée plus rigoureuse, le 4 décembre 1830 (*Journ.* de cette Cour, t. 26, p. 333), puisque, s'agissant d'un délai ordinaire, elle a prononcé la déchéance, en considérant qu'il eût été du devoir de la partie de demander une prorogation avant l'expiration du délai qu'elle prévoyait devoir être insuffisant.

Mais, alors même que le délai est rigoureux, s'il intervient entre les parties des conventions de nature à en modifier les effets, on n'est certainement pas recevable à demander plus tard la déchéance ; Paris, 26 décembre 1811 (*J. Av.*, t. 12, p. 577.)

Au reste, la distinction ci-dessus posée est adoptée par MM. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 294 ; FAVARD DE LANGLADE, t, 1, p. 156, n° 5, et THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 244 et 245.

Mais on remarquera que toutes les décisions ci-dessus sont rendues dans des espèces qui s'éloignent un peu des cas prévus par notre art. 122. L'article 122 suppose un délai de répit accordé au débiteur, pendant lequel son créancier ne pourra le poursuivre ; dans les arrêts que nous venons de rapporter, il s'agit d'un délai fixé à une partie, pendant lequel elle devra faire telle ou telle chose ; ainsi le premier est un délai d'inhibition, le second est un délai d'injonction.

Les mêmes principes ne nous paraissent pas devoir régir l'un et l'autre.

Dans la seconde espèce de délai, la maxime que nul ne peut se forclore soi-même, s'applique évidemment ; dans l'autre, elle est inapplicable. Ici, en effet, c'est un délai, une barrière qui arrête les poursuites du créancier ; le délai expiré, la barrière levée, la faculté de poursuivre reprend son cours ; il ne peut être question, en pareille matière, de forclusion.

Pour proroger le délai pendant lequel une partie peut faire tel ou tel acte, il n'est pas besoin d'un second jugement ; il suffit que cette partie n'ait pas été déclarée déchue. Mais pour proroger le délai de l'art. 122, un nouveau jugement serait nécessaire, puisque, la prohibition du premier n'existant plus, les droits du créancier reprendraient toute leur force ; or, nous pensons que le tribunal ne pourrait prononcer ce nouveau jugement ; car, d'après notre article, c'est le jugement, qui prononce sur la contestation, qui seul peut accorder le délai. Ne violerait-on pas cette disposition, en accordant un délai supplémentaire, aussi bien qu'en fixant un premier délai par un jugement postérieur à celui de la condamnation ?

Tel est l'avis de M. DALLOZ, t. 9, p. 644, n° 6.

Néanmoins, MM. PIGEAU et THOMINE DESMAZURES, *ubi suprà*, semblent admettre la prorogation dans des cas d'absolue nécessité. Cette opinion est plus conforme à l'équité qu'à l'interprétation stricte et rigoureuse de la loi. (*V.* au surplus la *Quest.* 525.)]]

524. *Les mêmes articles sont-ils applicables lorsqu'il s'agit d'une obligation exécutoire?*

Cette question pouvait souffrir difficulté, relativement à l'application isolée de l'art. 1244 du Code civil ; mais l'art. 122 du Code de procédure nous semble ne laisser aucun doute sur la négative, puisqu'il suppose que les tribunaux statuent sur une contestation. Or, *il n'y a pas lieu à statuer sur un titre exécutoire, puisqu'il a la même force qu'un jugement : on ne peut donc accorder de délai que dans le cas où le titre ne serait pas exécutoire.*

Nous ajouterons une autre raison indépendante de l'art. 122 ; c'est qu'un acte notarié recevant sa vertu exécutive de la seule disposition de la loi, il n'est pas au pouvoir du juge d'en arrêter l'exécution, et de se mettre ainsi au-dessus du pouvoir législatif. L'art. 1244 du Code civil n'a pu conséquemment avoir en vue le cas où la créance résulterait d'un acte public et authentique, mais bien celui où le juge doit conférer au titre le privilége de l'exécution, comme, par exemple, lorsqu'il prononce une condamnation sur le fondement d'un acte privé ; c'est alors qu'il est certain qu'il peut suspendre l'effet de son jugement, puisque cet acte n'émane que de lui seul. (*V.* arrêts de la Cour

d'appel de Pau du 26 novembre 1807; *S.*, t. 12, p. 280, et t. 13, p. 232; Colmar, 14 janv. 1815, *J. Av.*, t. 12, p. 117; et de Bruxelles du 18 juin 1812 (*J. Av.*, t. 12, p. 537).

Ainsi, sur une opposition à une saisie faite en vertu d'un acte notarié, un tribunal ne pourrait pas plus accorder de délais et surseoir a l'exécution, qu'il ne le pourrait si la saisie avait été faite en vertu d'un jugement. (*V.* PIGEAU, t. 1, p. 514; autre arrêt de la Cour d'appel de Colmar du 30 août 1809; *Biblioth. du Barr.*, 2e part., 1810, p. 237, et *J. Av.*, t. 12, p. 564 (1).

[[La solution admise par M. Carré, a été aussi consacrée par les Cours de cassation, le 23 brumaire an XIII; de Pau, le 26 novembre 1807; de Turin, le 12 décembre 1809; de Bruxelles, le 18 juin 1812; d'Orléans, le 14 août 1816 (*J. Av.*, t. 12, p. 537, 1re, 3e, 4e, 5e et 9e espèces).

Mais on oppose à ces divers arrêts, ceux des Cours de Bordeaux, 13 février 1806; 28 février 1814; Aix, 17 décembre 1813; Pau, 12 juin 1822 (*J. Av.*, t. 12, p. 537, 2e, 7e, 8e et 10e espèces), et de la Cour de cassation, 1er février 1830 (*J. Av.*, t. 39, p. 212). Les auteurs du *Journal du Palais*, 3e édition, citent encore, en note, au t. 11, p. 837, les arrêts d'Agen, 6 décembre 1824, et de Paris, 23 avril 1831.

La doctrine n'offre pas autant de divergence que la jurisprudence. Il est généralement reconnu par les auteurs que le délai ne peut être accordé pour l'exécution d'un acte authentique et exécutoire. Tel est l'avis de MM. PIGEAU, *Procédure civile*, à l'art. 1er du chap. 4 *du Jugement*; MERLIN, *Questions de Droit*, vo *Exécution parée;* FAVARD DE LANGLADE, t. 3, p. 156, no 5; DELVINCOURT, t. 2, p. 556; TOULLIER, t. 6, no 659; DURANTON, t. 12, no 89; ROLLAND DE VILLARGUES, *Rép. des not.*, vis *Acte authentique*, no 88, et *Terme*, no 17; BONCENNE, t. 2, p. 518, et BOITARD, t. 1, p. 478 et suiv.

Un seul M. THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 243, professe l'opinion contraire.

Aux motifs de M. Carré on ajoute que l'art. 2212 Cod. civ. semble limiter expressément au cas qu'il indique ceux où il peut être accordé un sursis à une poursuite de *saisie immobilière;* que l'art. 122 du Code de procédure civile fait comprendre que si les tribunaux ont le pouvoir d'accorder des délais, ce ne peut être qu'à l'exécution de leurs propres jugements; et que, puisque d'après le même article, ils ne le peuvent que par le jugement même, vu que cette faculté ne leur appartient déjà plus à l'egard des jugements antérieurement rendus par eux, à plus forte raison n'est-elle pas applicable à des actes authentiques dont ils ne sont pas les auteurs, et dont la force exécutoire est indépendante de leur autorité.

Dans le système contraire, on oppose les derniers mots de l'art. 1244 du Code civil, d'après lesquels les tribunaux *peuvent surseoir à l'exécution de poursuites, toutes choses demeurant en état.* On en induit que cette faculté ne se borne pas au cas d'une condamnation à prononcer, mais encore à celui où, des poursuites d'exécution étant déjà commencées (et elles ne peuvent l'être généralement qu'en vertu d'un titre authentique), il s'agirait de les interrompre.

On réplique, 1° que rien n'empêche d'appliquer ces derniers mots de l'article au cas où des poursuites peuvent avoir lieu sans titre authentique, par exemple, à une saisie-arrêt; 2° qu'on peut encore les entendre des poursuites futures à exercer en vertu de la condamnation, et dont il s'agit de prévenir pour un temps les effets.

---

(1) Nous ne devons pas laisser ignorer qu'il existe deux arrêts contraires; l'un de la Cour de Bordeaux du 28 février 1814, l'autre de la Cour d'Aix du 17 décembre 1813. (*S.*, 1814, p. 373 et 157.)

Si les discussions du Code civil nous laissaient dans l'obscurité complète, résultat de deux textes presque contradictoires, nous adopterions l'opinion de MM. Boncenne, Carré, etc.; mais la discussion à laquelle a donné lieu l'article 1244 nous paraît devoir enlever toute incertitude. Nous engageons nos lecteurs à se reporter au t. 12 de M. LOCRÉ, p. 170, n° 46, p. 273, n° 40 et p. 367, n° 122.

La section de législation du Tribunat demandait la suppression de l'article il fut maintenu, et M. Bigot Préameneu en exposa les motifs en ces termes

Si néanmoins le débiteur se trouvait dans des circonstances telles que, pa des motifs d'humanité, ou peut-être pour l'intérêt même du créancier, les juges fussent convaincus que, sans porter préjudice à ce créancier, ils faisaient un acte d'humanité en accordant des délais modérés pour le paiement, a loi les y autorise, mais en leur rappelant le respect qu'ils doivent aux contrats, et en les avertissant de n'user de ce pouvoir qu'avec la plus grande réserve; lorsqu'ils prennent sur eux de surseoir ainsi l'exécution des poursuites, ils doivent toujours conserver les droits et l'effet des procédures de créancier, en ordonnant que toutes choses demeureront en état.]] **Supp. alph.**, v° *Délai*, n. 46 et 47.

525. *La disposition de l'art.* 122 *est-elle si rigoureusement impérative, que le juges ne puissent accorder de délais par un jugement postérieur à celui qui aurait statué sur la contestation ?*

Cette question semble encore controversée. Un arrêt de la Cour de Dijon, du 8 janvier 1817 (*J. Av.*, t. 12, p. 563), l'a décidée pour la négative, et M. SIREY, en rapportant cette décision, t. 18, p. 61, cite un arrêt contraire de la Cour de Paris, du 11 avril 1810. Mais l'indication du tome et de la page où il se trouverait est fautive; il n'est pas rapporté, t. 14, p. 216, et nous en avons vainement fait la recherche. Cet arrêt se trouve au *Journal des Avoués*, t. 12, p. 563, et est conforme à celui de Colmar, du 30 août 1809, rapporté au même *Journal, ibid.* Nous estimons la décision de Dijon contraire non-seulement au texte, mais à l'esprit de la loi : elle est contraire au texte, puisqu'il porte formellement que le délai sera accordé par le jugement même; elle est contraire à l'esprit, parce qu'on ne peut pas supposer qu'il soit entré dans l'intention du législateur d'autoriser le juge, absolument dessaisi par le jugement, à en modifier les dispositions, *ut semel sententiam dixit, desinit esse judex.* Vainement opposerait-on que le tribunal connaît de l'exécution de ses jugements; sans doute, mais ce principe ne s'applique qu'aux difficultés qui surviennent à cet égard, et ne peut s'étendre jusqu'à faire supposer la faculté l'enlever à la partie qui a obtenu gain de cause le droit acquis par le jugement rendu à son profit (1).

[[Nul doute ne peut, selon nous, s'élever sur la justesse de cette solution. Le motif de la Cour de Dijon, pour juger différemment, a été que, si la loi avait voulu rendre sa disposition rigoureuse, elle l'aurait formellement exprimé, comme elle l'a fait dans l'art. 127, où il est dit que le sursis à la contrainte par corps ne pourra être accordé *que par le jugement même qui statuera sur la contestation et qui énoncera les motifs du délai.* L'art. 122 n'est pas aussi explicite, à la vérité, mais il nous paraît formel.

Le 9 juin 1815 (*J. Av.*, t. 12, p. 590), la Cour de Colmar a bien décidé qu'un délai avait pu être accordé au débiteur par un jugement postérieur à celui

---

(1) Nous croyons, au reste, que le passage de l'exposé des motifs résout ainsi la question. (*V.* le comm. ci-dessus, n° LXXXVII.)

de la condamnation; mais c'était uniquement à cause des circonstances extraordinaires et malheureuses où ce débiteur s'était trouvé; c'est aussi, croyons-nous, le motif qui fait embrasser le même avis à M. THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 244, et qui lui fait ajouter que, dans un cas d'absolue nécessité, un tribunal, saisi des difficultés de l'exécution d'un jugement émané d'un autre tribunal, pourrait également accorder des délais.

Ceci nous paraît en opposition avec les principes les plus élémentaires. Quelque malheureuse que soit la position d'un débiteur, il ne peut y avoir lieu à bouleverser pour lui l'ordre et les règles des juridictions, à faire réformer par un tribunal le jugement qu'il a rendu lui-même, ou celui qui a été rendu par un autre tribunal non inférieur ou non situé dans son ressort, ou enfin un jugement passé en force de chose jugée.

Si on justifiait cette mesure arbitraire par les malheurs du débiteur et la commisération qui lui est due, qui empêcherait de se servir du même prétexte pour décider qu'on peut aussi l'affranchir purement et simplement de sa dette?

La solution de M. Carré est encore consacrée par arrêts des Cours de Bourges, 9 mai 1812 (*J. Av.*, t. 12, p. 563); de Bordeaux, 29 juin 1817 (*J. Av.*, t. 33, p. 190); de la Cour de cassation, 25 février 1824 (*J. Av.*, t. 26, p. 108) et de la Cour de Bordeaux (*Courrier des Tribunaux*, du 24 octobre 1830).

Elle est approuvée de MM. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 294; DALLOZ, t. 9, p. 644, n° 3; BONGENNE, t. 2, p. 517, et BOITARD, t. 1, p. 481.

C'est bien assez qu'à l'époque où ils prononcent la condamnation, les juges aient un pouvoir discrétionnaire pour accorder le sursis; qu'ils puissent le faire alors même que le créancier serait lui-même dans un besoin pressant; Paris, 18 décembre 1806 (*J. Av.*, t. 12, p. 551); que leur décision à cet égard, quelle que soit la partie favorisée, ne puisse devenir un moyen de nullité contre le jugement; Bourges, 14 avril 1812 (*J. Av.*, t. 12, p. 578.) (*V.* notre *Question* précédente.)]]

[[**525** bis. *Y aurait-il nullité de la disposition du jugement qui accorderait un délai de grâce sans énoncer de motifs?*

Oui, puisque, d'après l'art. 7 de la loi du 20 avril 1810, le défaut de motifs dans un jugement entraîne sa nullité, et que d'ailleurs l'art. 122 répète expressément la nécessité de l'énonciation des motifs dans ce cas particulier. Mais la nullité ne porterait que sur la disposition relative au délai, et ne s'étendrait pas à la condamnation principale, si celle-ci était d'ailleurs motivée. Ainsi l'enseigne M. BOITARD, t. 1, p. 482, et la Cour de Bourges l'a aussi décidé par un arrêt du 31 décembre 1814 (*J. Av.*, t. 12, p. 493). M. THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 246, trouve cette opinion trop rigoureuse. C'est alors le cas de dire : *Dura lex, sed lex.*]]

ART. 123. Le délai courra du jour du jugement, s'il est contradictoire, et de celui de la signification, s'il est par défaut.

Notre Dict. gén. de Proc., v° *Exécution*, n° 99, 125, 127 à 132, 135. — Devilleneuve, v° *Délai*, n°s 24 et 29.—Arm. Dalloz, v° *Jugement*, n°s 206 à 214. — QUESTIONS TRAITÉES : De ce que l'art. 123 porte que le délai courra du jour de la signification, si le jugement qui l'accorde est rendu *par défaut*, doit-on conclure qu'un tribunal puisse accorder des délais d'office, et sans qu'ils soient demandés? *Q.* 526. — A quelle espèce de délai s'applique la disposition de l'art. 123? *Q.* 526 *bis*. — Comment doit-on calculer ce délai? *Q.* 526 *ter*. — Est-ce à la partie ou à son avoué que doit être signifié le jugement de défaut pour faire courir le délai de grâce? *Q.* 526 *quater*.—Quand le tribunal, en accordant un délai pour le paiement, l'a divisé en plusieurs termes, peut-on exécuter, pour le tout, les biens du débiteur qui n'aurait pas acquitté le premier terme? *Q.* 527.] V. *infrà*, p. 621, Q. 527 *bis*.

526. *De ce que l'art.* 123 *porte que le délai courra du jour de la signification, si le jugement qui l'accorde est rendu* par défaut, *doit-on conclure qu'un tribunal puisse accorder des délais d'office, et sans qu'ils soient demandés ?*

Non, dit M. PIGEAU, t. 1, p. 515, parce que le délai est dans l'intérêt des parties. Si donc l'article parle des jugements *par défaut*, c'est qu'il peut arriver qu'une partie qui a comparu et requis délai par ses défenses, peut ensuite laisser prendre défaut faute de plaider. En ce cas, le juge pourrait accorder les délais, et ils ne commenceraient à courir que du jour de la signification du jugement; mais, si le défaut est rendu faute de comparaître, nous pensons comme M. Pigeau, que le tribunal ne pourrait accorder d'office un délai dont l'adversaire du défaillant n'aurait pu contester les motifs, puisque la demande n'en aurait pas été formée (1).

[[MM. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 294, et FAVARD DE LANGLADE, t. 1, p. 155, n° 4, enseignent la même doctrine.

Mais elle est combattue, avec raison, selon nous, par MM. THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 243; BONCENNE, t. 2, p. 520 et 521, et BOITARD, t. 1, p. 495.

Il est impossible de regarder comme rendu par défaut, le jugement qui aurait été précédé de défenses dans lesquelles on aurait avoué la dette et sollicité un délai. Ce n'est pas de ces sortes de jugements que veut parler l'article 123.

On objecte que, si le délai est accordé sans avoir été demandé, le jugement sera entaché d'un *ultrà petita*. Ferait-on le même reproche à celui qui relaxerait purement et simplement le défaillant de la demande formée contre lui ? Dirait-on que, le défendeur n'étant pas venu conclure à son relaxe, on ne pourrait le prononcer?

Non, sans doute : un tel jugement n'aura pas accordé au défendeur plus que ce qu'il avait demandé; seulement il n'aura pas accordé au demandeur l'objet de sa demande, ainsi que l'art. 150 l'y autorise lorsqu'il ne la trouve pas suffisamment justifiée.

Eh bien! s'il peut rejeter en entier, ne peut-il pas, à plus forte raison, rejeter pour une partie? Il ne fait pas autre chose en soumettant l'effet de sa condamnation à l'expiration d'un délai.]]

[[**526** bis. *A quelle espèce de délai s'applique la disposition de l'art.* 123?

Exclusivement au délai de grâce, accordé à un débiteur, en considération de sa position, pour payer ce qu'il doit. Il faut encore faire ici la distinction que nous avons posée sous la *Quest.* 523, entre le délai d'inhibition et le délai d'injonction.

Celui qui est fixé à une partie pour faire une option, rapporter une preuve, prêter un serment, fournir une caution, n'est point régi par l'art. 123; en conséquence, il ne commence à courir que du jour de la signification, alors même que le jugement est contradictoire. C'est ce qu'ont jugé, dans diverses espèces, les Cours de Paris, 30 octobre 1810 (*J. Av.*, t. 12, p. 571); de Nîmes, 7 mai 1813 (*J. Av.*, t. 1, p. 180); de Bordeaux, 30 novembre 1831 (*J. Av.*, t. 43, p. 530), et 14 août 1833 (*J. Av.*, t. 46, p. 180.)

---

(1) De même le débiteur condamné sans avoir demandé de délai, ne peut en obtenir un, ni par la voie d'opposition aux poursuites (Colmar, 30 août 1809; *S.*, t. 14, 2e part., p. 249, et *J. Av.*, t. 12, p. 564, 1re esp.), ni par voie de référé (Paris, 11 avril 1810, *ibid.*, p. 116, et *J. Av.*, t. 12, p. 564, 2e esp.)

L'art. 123 est spécial ; sa disposition est même de droit nouveau : car, sous l'ancienne législation, le délai de grâce pour l'exécution d'un jugement définitif et contradictoire ne courait lui-même que du jour de la signification ; Turin, 28 ventôse an XII (*J. Av.*, t. 12, p. 533); aujourd'hui, c'est du jour de la prononciation, même pour les jugements des tribunaux de commerce ; Rennes, 9 mars 1810 (*J. Av.*, t. 12, p. 568).]] **Supp. alph.**, v° *Délai*, n. 47 *bis* et 48.

[[**526** ter. *Comment doit-on calculer le délai?*

D'après un arrêt de la Cour de Lyon, du 7 février 1834 (*J. Av.*, t. 46, p. 307), on doit comprendre dans le délai de grâce donné par un jugement le jour même auquel expire le délai, et, par conséquent, les actes d'exécution forcée ne sont pas encore permis ce jour-là.

Dans le cas d'un délai accordé pour faire une option, la Cour de cassation a aussi jugé, le 9 février 1825 (*J. Av.*, t. 29, p. 65), que le jour de la signification (*V.* la *Quest.* 526 *bis*), et celui de l'échéance doivent être compris. Mais, en pareil cas, la question est de peu d'intérêt, puisque ce délai n'est pas ordinairement de rigueur. (*V.* la *Quest.* 523.)

Au reste, il n'est pas nécessaire que le délai de grâce consiste dans la fixation d'un jour certain : il peut être déterminé par relation à une durée quelconque, et, par exemple, à l'époque qui suivra l'accomplissement d'une procédure spéciale; Cass., 14 mai 1838 (*J. P.*, t. 2 de 1838, p. 292).]]

[[**526** quater. *Est-ce à la partie ou à son avoué que doit être signifié le jugement de défaut pour faire courir le délai de grâce ?*

Nous croyons, avec M. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 295, que le législateur, pour mieux mettre le condamné en mesure d'exécuter le jugement, et de profiter, dans toute leur étendue, des facilités accordées, a voulu que la sentence lui fût signifiée à personne ou domicile, aussi bien qu'à l'avoué.

Néanmoins, ajoute le même auteur, ceci n'est applicable que lorsqu'il est besoin du concours de la partie pour exécuter la chose ordonnée; car, si l'avoué peut y satisfaire seul, la signification à lui faite suffit.

M. Pigeau confond encore ici le délai d'inhibition avec le délai d'injonction (*V.* la *Quest.* 523); de là vient qu'il donne, comme une exception à la règle, ce qui n'est que l'application d'un principe tout spécial, étranger à la matière qui nous occupe.]]

527. *Quand le tribunal, en accordant un délai pour le paiement, l'a divisé en plusieurs termes, peut-on exécuter, pour le tout, les biens du débiteur qui n'aurait pas acquitté le premier terme ?*

La loi n'a pas de disposition à cet égard; mais il est conforme à la raison et à l'équité que le créancier qui a constitué le débiteur en demeure de payer le premier terme échu, puisse saisir-exécuter pour le tout (1).

[[L'expression plurielle *des délais*, dont se servent les art. 1244 Cod. civil

---

(1) Mais le débiteur pourrait-il arrêter la suite de la saisie, en payant ou en consignant les termes échus? C'est l'avis de M. Delaporte, adopté par nous sur la 409e *Quest.* de notre *Analyse*. Mais M. Toullier, en adoptant la première partie de l'opinion que nous y avons énoncée, et que nous reproduisons ci-dessus, estime, et nous croyons son motif fondé, que le jugement qui, contre la loi du contrat, divise le paiement en plusieurs termes, renferme essentiellement la condition explicite, *si le débiteur paie à chaque terme*. (*V.* t. 5, p. 63.)

et 122 Cod. proc. civ., fait croire aussi à M. BONCENNE, t. 2, p. 517, à la note, que le juge peut le diviser en plusieurs termes. Cette faculté est d'ailleurs une conséquence du pouvoir discrétionnaire qui lui est donné pour concilier, dans sa sagesse, les divers intérêts du débiteur et du créancier; et pourtant elle lui a été déniée par la Cour de Colmar, le 18 août 1816 (*J. Av.*, t. 12, p. 595).

Quant à la solution donnée ci-dessus, par M. Carré, on peut dire, pour la combattre, que, le premier délai expiré, le premier terme seul est dû; que celui-là seul peut être réclamé; que, pour les autres, le bénéfice de grâce subsiste encore. Mais on répondra avantageusement qu'il ne peut être entré dans l'esprit du juge, en usant de la faculté introduite par la loi, ni dans l'esprit du législateur, en l'introduisant, d'obliger le créancier à diviser sa poursuite, et à multiplier ainsi les frais et les ennuis d'une exécution. D'où il faut conclure que, la première partie de la condition une fois violée, les parties sont replacées au même état qu'avant l'obtention du délai.

La même raison justifie, selon nous, la solution accessoire donnée à la note. *V.* notre *Quest.* 528 *bis.*]]

Supp. alph., v° *Dommages-intérêts*, n. 9 et suiv. *Des condamnations à des dommages-intérêts par jour de retard.*

ART. 124. Le débiteur ne pourra obtenir un délai, ni jouir du délai qui lui aura été accordé, si ses biens sont vendus à la requête d'autres créanciers, s'il est en état de faillite, de contumace, ou s'il est constitué prisonnier, ni enfin lorsque, par son fait, il aura diminué les sûretés qu'il avait données par le contrat à son créancier.

[Notre Dict. gén. de Proc., v° *Exécution*, n°s 94, 108, 114, 124.—Arm. Dalloz, v° *Jugement*, n°s 180 à 184.—Locré, t. 21, p. 422, n° 75, et p. 535, n° 31.—QUESTIONS TRAITÉES : N'est-ce que dans les seuls cas mentionnés en l'art. 124 qu'il est interdit aux juges d'accorder des délais? *Q.* 528. — L'état de déconfiture doit-il produire les mêmes effets que l'art. 124 attribue à l'état de faillite? *Q.* 528 *bis* —Si, dans l'obligation qui ferait l'objet de la demande, il avait été stipulé, comme condition essentielle, que le débiteur ne pourrait obtenir de délais, le juge pourrait-il néanmoins en accorder? *Q.* 529.] (1)

LXXXVIII. Cette disposition est le complément de l'art. 1188 du Code civil. Un débiteur ne peut obtenir de délais que lorsque sa bonne foi n'est point suspecte, et qu'il est possible d'espérer que cette faveur lui facilitera le moyen de remplir son obligation. (Rapp. au Corps législatif.)

528. *N'est-ce pas dans les seuls cas mentionnés en l'art.* 124, *qu'il est interdit aux juges d'accorder des délais?*

Nous avons dit (art. 122, *Comment.*) qu'il n'y avait d'autres limites à la faculté accordée par l'art. 1244 du Code civil, que celles qui seraient expressément déterminées par la loi, ou qui résulteraient nécessairement de son texte ou de son esprit. Or, il est, outre les dispositions formelles de l'art. 124 du Code de procédure, qui n'est, au reste, que le développement de l'art. 1188 du Code civil, plusieurs articles de ce Code qui défendent formellement ou implicite-

---

(1) **JURISPRUDENCE.**

[Nous pensons que :

1° Toute autre personne que le créancier demandeur ne pourrait être admise à se plaindre de ce que le juge aurait accordé délai à un individu qui se trouverait dans le cas de la prohibition portée en l'art. 124. Cass., 20 février 1809 (*S.*, t. 9, 1re part., p. 127, et *J. Av.*, t. 12, p. 562);

2° Un arrêt peut accorder, *tous moyens tenant*, à un failli, un délai pour se libérer avant la nomination d'un syndic définitif, sans que la déclaration de faillite se trouve pour cela anéantie, encore que le failli ait satisfait intégralement ses créanciers. Cass., 20 nov. 1827 (*J. Av.*, t. 34, p. 223).]

ment d'accorder des délais. Ainsi, premièrement, le juge ne peut en accorder pour prêt de consommation, quand on est convenu du terme (art. 1899, 1900 combinés); mais l'art. 1901 l'autorise, suivant les circonstances à fixer un terme de paiement, s'il avait été seulement convenu que l'emprunteur paierait quand il le pourrait, ou quand il en aurait les moyens;

Secondement, en matière de vente, le juge ne peut surseoir à prononcer résolution, ni accorder un délai pour payer le prix, si le vendeur est en danger de perdre la chose et le prix (art. 1655); s'il s'agit de vente de denrées et effets mobiliers (art. 1657); s'il s'agit de ventes d'immeubles, et qu'il ait été stipulé que, faute de paiement du prix dans un terme convenu, la vente serait résolue de plein droit, pourvu toutefois que l'acheteur ait été mis en demeure de payer (art. 1656); mais, si la résolution n'a pas été stipulée, et que le vendeur ne soit pas en danger de perdre la chose et le prix, le juge peut, conformément à l'art. 1655, accorder un délai à l'expiration duquel la résolution doit être prononcée.

Enfin, l'art. 1661 défend de proroger le délai de réméré.

[[Tous ces cas, ou quelques-uns d'entre eux, sont aussi rappelés, avec raison, par MM. FAVARD DE LANGLADE, t. 3, p. 157, n° 7; THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 242 et 243; et BOITARD, t. 1, p. 483.]]

[[**528** bis. *L'état de déconfiture doit-il produire les mêmes effets que l'art.* 124 *attribue à l'état de faillite?*

Oui, par identité de motifs. Nulle différence entre ces deux états, si ce n'est celle des mots que l'on applique au débiteur insolvable, selon qu'il a ou non la profession de commerçant. M. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 296, ajoute que restreindre le mot *faillite*, et ne s'en servir exclusivement que pour les seuls commerçants, ce serait s'écarter tant de l'esprit que du texte du Code civil, articles 1188, 1276, 1446, 1913, 2032, 1865 et 2146. M. BOITARD, t. 1, p. 488 et suiv., embrasse la même opinion. *V.* notre *Quest.* 527.]]

529. *Si, dans l'obligation qui ferait l'objet de la demande, il avait été stipulé, comme condition essentielle, que le débiteur ne pourrait obtenir de délais, le juge pourrait-il néanmoins en accorder?*

Il faut remarquer, d'un côté, que ce cas ne se trouve point au nombre des exceptions portées en l'art. 124, et, de l'autre, que les dispositions des articles 1244 et 1188 du Code civil, ainsi que celles des articles 122 et 124 du Code de procédure, ont entendu concilier ce qu'exige l'humanité en faveur d'un débiteur malheureux, avec ce qu'exige aussi l'intérêt bien entendu du créancier. Il est dans l'esprit de ces Codes qu'il ne soit point accordé de délais toutes les fois que le créancier serait exposé à perdre; or, le juge ne doit-il pas présumer que le créancier éprouve une perte, en ce sens qu'il a compté sur la rentrée de ses fonds à une époque déterminée, lorsqu'il a expressément stipulé qu'ils lui seraient comptés à cette époque?

Quelque juste que soit cette remarque, rigoureusement parlant, nous ne croyons pas néanmoins qu'il ait été dans la pensée du législateur d'admettre, en ce cas, une exception à la faculté donnée aux juges par l'art. 1244 du Code civil. On sent, en effet, que la stipulation deviendrait, pour ainsi dire, de formule en toute obligation, et qu'elle rendrait bientôt illusoire l'article dont il s'agit, si l'on était assuré de pouvoir le rendre sans effet au moyen de cette stipulation, qui nous paraît diamétralement opposée au vœu du législateur, puisqu'il a voulu venir au secours du débiteur malheureux (1)

(1) Dans son *Traité du droit civil français*, notre respectable et savant collègue M. Toullier, a manifesté une opinion absolument contraire à cette proposition. « Le créancier,

[[Quoique l'opinion de MM. Maleville et Toullier ait été adoptée par la Cour de Bordeaux, dans un arrêt du 23 juillet 1838 (*J. P.*, t. 2 de 1838, p. 460), lequel se fonde sur la discussion du conseil d'État, rapportée ci-dessus, à la note (1); celle de M. Carré, que partagent MM. DELVINCOURT, t. 2, p. 556, et THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 244, nous semble préférable.

En effet, le créancier, en n'accordant point de terme, a suffisamment indiqué que son intention n'est pas d'en accorder; confirmer cette intention dans l'acte, nous paraît une superfluite, et la clause devient inutile, parce qu'elle ne peut lier des juges qui ne puisent leur pouvoir que dans la loi. Que le créancier le veuille ou ne le veuille pas, l'ait ou non exprimé, les juges pourront retarder de quelques jours l'exécution d'une obligation, parce qu'il ne nous semble pas permis aux particuliers de paralyser, par des conventions, la faculté qui est accordée aux juges dans tel ou tel cas; c'est ainsi que, nonob-

---

« dit-il, peut empêcher qu'on accorde des « délais à son débiteur par une stipulation « insérée dans l'acte, comme l'observe fort « bien M. de Maleville. » En effet, on lit dans l'*Analyse* de la discussion au conseil d'État par cet auteur, et dans le procès-verbal de cette discussion, qu'il fut demandé si l'article en projet, correspondant au 1244e du Code, autoriserait le juge à user de la faculté que lui donnait cet article, même lorsqu'il y aurait une *stipulation contraire;* et il fut répondu qu'il n'était pas dans l'intention de la section de donner cette étendue à la disposition. « Or, dit M. Toullier, quels « seraient les juges qui oseraient s'arroger « un pouvoir que le Code ne leur accorde « point, que les rédacteurs du Code ni le « conseil d'État n'ont point eu l'intention « de leur conférer?... Il faut une loi ex- « presse pour autoriser les juges à s'écarter « de la loi du contrat. »

Nous sentons combien est imposante cette opinion d'un auteur qui a fixé tant d'incertitudes sur les questions les plus épineuses du droit civil, et quel poids y ajoute l'explication donnée au conseil d'État, sur la question dont il s'agit.

Mais quoi qu'il en soit, nous soumettrons aux lumières des jurisconsultes et des magistrats les réflexions suivantes, que nous croyons de nature à fournir un nouvel appui à notre sentiment :

Nous ferons observer, d'abord, que l'on ne doit point, pour l'application de l'art. 1244, considérer s'il convenait que le législateur se fût montré moins favorable au débiteur malheureux. Il a voulu que les tribunaux pussent, en prenant sa position en considération, lui accorder des délais pour le paiement. Or, d'un côté, cette loi d'humanité peut, au gré de tout créancier, devenir absolument inutile, si les tribunaux étaient liés par une renonciation que l'on ne manquerait jamais d'exiger; de l'autre, il n'est pas juste qu'une stipulation consentie au moment du contrat, et dans un temps où le débiteur n'a aucune raison de redouter la position malheureuse à laquelle la loi a voulu avoir égard, pût être invoquée à la rigueur contre lui, si des circonstances imprévues l'y font tomber.

Enfin, ce n'est pas seulement le débiteur que l'humanité de la loi a eu en vue; elle a considéré sa famille, l'intérêt du commerce, celui même des tiers qui auraient contracté avec lui. Ne peut-il pas arriver, en effet, qu'un seul créancier, invoquant une renonciation insérée au contrat, et mettant ainsi le juge dans l'impuissance d'accorder un délai à un débiteur qui justifie des moyens possibles de se libérer à l'avenir, ne contraigne ce débiteur à tomber en état de faillite ou de déconfiture, et ne lui ôte ainsi la faculté de faire un jour honneur à ses engagements?

Sous ce rapport, nous serions porté à considérer comme d'ordre public la disposition de l'art. 1244, et, par conséquent, comme non avenue toute stipulation prohibitive de la faculté qu'elle accorde aux juges. L'explication donnée au conseil d'État, lors de la discussion de la loi, ne nous paraît pas une raison absolument tranchante. La pensée d'une section du conseil d'État, discutant un projet de loi, n'est point pour nous celle du législateur, qui a pu entendre plus favorablement la disposition qu'il adoptait.

Au reste, nous n'ajouterons ces réflexion qu'avec la juste défiance que nous inspire la supériorité des lumières de notre savant collègue.

(1) Cette discussion (*V.* LOCRÉ, t. 12, p. 170, n° 46) est moins précise qu'on paraît le croire. Les observations de la section du tribunat dont nous avons déjà parlé indiquent l'opposition de quelques-uns des législateurs à admettre le pouvoir arbitraire du juge, mais le maintien de l'article suffit pour trancher toute difficulté.

stant toutes clauses contraires, les juges ont le droit de condamner aux dépens ou de les compenser, etc.]] **Supp. alph.**, v° *Délai*, n. 51 et 52.

ART. 125. Les actes conservatoires seront valables, nonobstant le délai accordé.

[Notre Dict. gén. de Proc., v° *Exécution*, n° 136.—Arm. Dalloz, v° *Jugement*, n° 215 et 216. — Locré, t. 21, p. 274, n° 19. — La saisie-arrêt est-elle comprise au nombre des actes conservatoires que cet article permet? Question traitée à la note.]

LXXXIX. Les délais de grâce que le juge peut accorder n'empêcheraient point les mesures conservatoires, parce que le créancier, ainsi que nous l'avons dit sur la précédente question, ne doit pas être exposé à perdre; il ne faut pas que pour l'avantage de l'un, on porte préjudice à l'autre.

Mais, d'un autre côté, quand la justice a accordé un délai, les poursuites des créanciers doivent être suspendues; celles qui, bien qu'elles fussent qualifiées mesures conservatoires, ne seraient autre chose dans leurs effets que des moyens de procurer la sûreté du paiement, sont donc proscrites (1),

---

(1) En partant de cette remarque, on doit reconnaître que les actes réputés *conservatoires* sont tous ceux qui ont pour objet d'assurer le paiement de la créance, sans changer, pendant les délais qui ont été accordés au débiteur, la position où il était, et sans nuire à la jouissance qu'il avait au moment du jugement.

Ainsi, le créancier pourrait prendre une inscription aux hypothèques; il pourrait former opposition à la levée de scellés apposés sur les effets d'une succession échue au débiteur; il pourrait s'opposer à ce qu'il fût procédé à aucun partage hors de sa présence; il pourrait enfin former opposition au remboursement d'une rente.

Mais pourrait-il de même former opposition au paiement d'une créance qui serait due à son débiteur par un tiers? En d'autres termes, peut-il former une saisie-arrêt ou opposition?

Les auteurs sont divisés sur cette question.

Le créancier d'un débiteur auquel le juge a accordé des délais ne pourrait, disent les auteurs du Commentaire inséré aux *Annales du Notariat*, t. 1, p. 241, former des saisies-arrêts, ni faire aucune poursuite ni contrainte qui auraient trait à une exécution forcée.

La disposition de l'art. 125, dit M. DELAPORTE, t. 1, p. 131, ne s'applique pas à la saisie-arrêt; ce n'est pas un simple acte conservatoire; c'est une sorte d'exécution.

Il est bien certain que tout acte qui aurait pour objet de changer la position du débiteur, en ce sens qu'il serait porté atteinte à la jouissance de celui-ci, est interdit par l'art. 125 : conséquemment une saisie-exécution, une saisie immobilière, tout acte, en un mot, qui tend à le dépouiller pendant les délais qui lui ont été accordés, soit de la totalité, soit d'une partie de ce qu'il possède, ne pourrait être déclaré valable. Mais ne nous attachons point à la circonstance que la saisie-arrêt est placée, dans le Code de procédure, parmi les voies d'exécution forcée des jugements; considérons que, dans son principe, cette saisie est véritablement un acte conservatoire, puisqu'elle a pour but d'empêcher que le débiteur de notre débiteur ne se dessaisisse, à notre préjudice, entre les mains de celui-ci; remarquons ensuite que les délais ne lui ayant été accordés que parce qu'il était dans l'impossibilité de payer, le motif cesse dès que la rentrée des fonds qui lui sont dus le place dans une autre position.

Ces considérations nous paraissent très fortes pour faire décider que la saisie-arrêt ou opposition est autorisée. Aussi M. Pigeau, à l'art. 2 du chap. IV, *Du Jugement*, dit-il que l'on peut former opposition au paiement de créances exigibles, et M. Demiau-Crouzilhac ne fait-il aucun doute que les saisies dont il s'agit sont permises; il les cite même pour exemple d'actes conservatoires.

M. TOULLIER adopte pleinement cette opinion, t. 6, p. 703 et 704; mais il ajoute, avec raison, que le créancier pourrait faire déclarer le débiteur déchu du délai, s'il faisait des ventes ou dispositions frauduleuses de ses meubles ou de ses immeubles. (V. *Droit civil français*, t. 6, n° 674, et à la suite plusieurs questions relatives au fond du droit, dont l'examen n'entre pas dans le plan de notre travail.)

[M. BONCENNE, t 2, p. 523, pense aussi, et c'est avec raison, que les saisies-arrêts sont comprises au nombre des actes conservatoires autorisés par l'art. 125.]

[[et doivent être déclarées nulles, d'après un arrêt de la Cour de Turin, du 28 ventôse an XII (*J. Av.*, t. 12, p. 533).]]

ART. 126. La contrainte par corps ne sera prononcée que dans les cas prévus par la loi. Il est néanmoins laissé à la prudence des juges de la prononcer (1),

1° Pour dommages et intérêts, en matière civile, au-dessus de la somme de 300 fr. (2) ;

2° Pour reliquats de compte de tutelle, curatelle, d'administration de corps et communauté, établissements publics ou de toute administration confiée par justice (3), et pour toutes restitutions à faire par suite desdits comptes.

Ordonnance de 1667, tit. 34, art. 2, 3, tit. 29, art. 8, 3.—Loi du 15 germ. an VI. — Code civil, titre d la *Contrainte par corps*, et art. 474, 1146 et suiv.—Code de proc., titre de l'*Emprisonnement*, et art. 130. 524, 712, 714, 744.—Loi du 17 avril 1832.—[Notre Dict. gén. de Proc., v^is *Contrainte par corps*, n°s 1, 2. 10, 14. 15, 20 à 29, 59 à 62, 73, 79 à 82, 95, 101, 116; *Juge de paix*, n° 153. — Devilleneuve, v° *Contrainte par corps*, § 4, 5, 7, 8.—Arm. Dalloz, *eod.* sect. 1re.—Carré, *Compétence*, 2e part., liv. 3, tit. 4, chap. 2, art. 400, et n° CCLXIV, *Possim.* éd. in-8°, t. 7, p. 396 et suiv.—QUESTIONS TRAITÉES : Les juges de paix peuvent-ils prononcer la contrainte par corps dans les matières qui seraient de leur compétence? *Q.* 530.—La contrainte par corps peut-elle être prononcée contre toute personne, dans les cas exprimés par l'art. 126? *Q.* 531. — La contrainte doit-elle être prononcée, dans les cas prévus par l'art. 126, par le même jugement qui porte les condamnations principales? *Q.* 532. — Ces mots, *en matière civile*, employés au § 1er de l'art. 126, supposent-ils que les juges civils, saisis d'une action en dommages-intérêts résultant d'un délit, ne puissent se dispenser de prononcer la contrainte? *Q.* 533.—Dans quelles circonstances la jurisprudence a-t-elle plus particulièrement fait l'application soit de la première, soit de la seconde disposition de l'art. 126? *Q.* 533 *bis*. — L'art. 126 est-il applicable en matière commerciale, en sorte que les juges de commerce ne seraient pas tenus, mais n'auraient que la faculté de prononcer la contrainte par corps pour dommages-intérêts? *Q.* 534. — Peut-on obtenir la contrainte par corps pour l'exécution d'une dette commerciale, inférieure à deux cents francs, contracté avant la loi du 17 avril 1832? *Q.* 534 *bis*. — La condamnation à la contrainte, prononcée par l'art. 690 du Code de procédure, contre le saisi qui aurait coupé des bois ou commis des degradations, est-elle facultative? *Q.* 535 —De ce que le § 2 de l'art. 126 ne porte pas, comme le premier que la faculté de prononcer la contrainte par corps n'est accordée aux juges qu'autant que le montant de la condamnation s'élèverait au-dessus de la somme de trois cents francs, s'ensuit-il que cette faculté leur soit accordée au-dessous de cette somme pour les objets mentionnés par le § 2? *Q.* 536. — L'héritier bénéficiaire étant administrateur, peut-il être contraint par corps, conformément au § 2 de l'art. 126? *Q.* 537.—Est-il des cas autres que ceux mentionnés en l'art. 126, dans lesquels le juge ne soit pas tenu, mais n'ait que la faculté de prononcer la contrainte? *Q.* 538.—Les dépens peuvent-ils entraîner la contrainte par corps, soit en matière civile, soit en matière commerciale? *Q* 539.—Les juges peuvent-ils prononcer la contrainte par corps, si la partie n'y a pas expressément conclu? *Q.* 540.—L'art. 7 de la loi du 17 avril 1832, qui prescrit aux tribunaux de fixer la durée de la contrainte par corps en matière civile, doit-il être observé à peine de nullité? *Q.* 540 *bis*. (4)]

XC. La contrainte par corps *doit* être prononcée toutes les fois que la loi l'ordonne; mais il est des cas où il a paru convenable et utile, non de l'or-

---

(1) Cela dépend des circonstances, et les lois se sont toujours reposées à cet égard sur la prudence des juges.

(2) Parce que la condamnation est une peine qui provient de quasi-délits; mais la loi n'a pas permis de prononcer la contrainte en matière de dépens, dans la crainte que l'usage ne s'en établit trop facilement, d'après les demandes fréquentes qui en seraient faites. [*V.* la *Quest.* 539.]

(3) Ce sera souvent un frein nécessaire pour empêcher qu'un tuteur ou autre administrateur ne trompe celui qu'il doit défendre et dont la justice lui a confié les intérêts.

(4) **JURISPRUDENCE.**

[Nous pensons que :

La contrainte par corps peut être prononcée contre un huissier, pour restitution de deniers par lui perçus pour ses clients, par suite de ses fonctions, et pour le paiement des dommages-intérêts auxquels il a donné lieu par sa faute, encore qu'il s'agisse de moins de 300 fr. (C. civ., art. 2060, 2065; Cass., 4 février 1819; *S.*, 1819, p. 379, et *J. Av.*, t. 8, p. 674.)]

donner, mais de la permettre. Ces cas ont été déterminés avec précision en l'article ci-dessus; on a pris un sage milieu entre les anciennes lois qui prononçaient la contrainte par corps, et les dernières qui la refusaient. Il peut en effet y avoir tant de variété dans les circonstances, que la contrainte, nécessaire et juste dans une espèce, pourrait être trop rigoureuse dans l'autre. (*Exposé des motifs.*)

530. *Les juges de paix peuvent-ils prononcer la contrainte par corps dans les matières qui seraient de leur compétence?*

Aucune loi ne nous semble leur interdire, ni expressément ni implicitemen ce pouvoir. Mais nous ferons observer que, la contrainte par corps ne pouvant être prononcée pour une somme moindre de 300 francs, et cette valeur étant, pour toute action personnelle, au-dessus du pouvoir du juge de paix, il ne reste guère de cas où il y ait lieu de prononcer la contrainte, si sa juridiction n'a pas été volontairement prorogée, ou s'il ne s'agit pas des affaires commerciales, dont quelques-uns pensent qu'il peut connaître, lorsqu'elles sont d'une valeur au-dessous de 100 francs. (*V.* notre *Traité d'Organisation et de Compétence.*)

[[Il est un cas où, d'après l'art. 2060, § 2, du Code civil, le juge de paix doit nécessairement prononcer la contrainte, c'est celui de la réintégrande, pour le délaissement d'un fonds dont le propriétaire a été dépouillé par voies de fait. Ce magistrat a donc reçu le pouvoir nécessaire pour l'ordonner. Dès lors, pourquoi le lui refuserait-on dans tous les autres cas de sa compétence où la loi autorise cette voie d'exécution? Ces cas se sont, au reste, bien multipliés depuis la promulgation de la loi du 25 mai 1838.]]

531. *La contrainte par corps peut-elle être prononcée contre toute personne, dans les cas exprimés par l'art.* 126?

L'art. 126 ne peut être appliqué qu'à l'égard des personnes qui ne sont pas comprises dans les exceptions portées aux articles 2064 et 2066 du Code civil. Ainsi, les distinctions que faisait Rodier, sur les art. 2 et 3 du tit. 34 de l'ordonnance de 1667, ne sont plus d'aucune considération (1).

[[L'arrêt cité par M. Carré, à la note, n'est pas le seul qui ait consacré cette doctrine. De semblables décisions ont été rendues, par les mêmes motifs, par la Cour de cassation, les 6 octobre 1813 (*J. Av.*, t. 8, p. 620); 26 décembre 1827 (*J. Av.*, t. 35, p. 115); 17 janvier 1832 (DALLOZ, 1832-1-79); et par les Cours de Colmar, le 7 avril 1821 (*J. Av.*, t. 23, p. 125), et de Lyon, le 20 juin 1822 (*J. Av.*, t. 24, p. 218).

Cette doctrine, qu'approuvent, avec raison, MM. FAVARD DE LANGLADE, t. 3, p. 158, n° 8, TROPLONG sous l'art. 2066, C. N., et THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 249, s'appliquerait également aux personnes qui, par l'art. 19 de la loi du 17 avril 1832

---

(1) Cette opinion a été formellement consacrée par arrêt de la Cour de cassation, du 20 mai 1818 (*S.*, 1818, 1re part., p. 33, et *J. Av.*, t. 8, p. 621), lequel décide que, si l'art. 126 laisse aux tribunaux le pouvoir de prononcer la contrainte par corps, dans le cas d'adjudication de dommages et intérêts, il ne fait qu'ajouter ce cas à ceux où elle peut avoir lieu à raison de *la matière*, contre les individus sujets à la contrainte à raison de la personne. Il n'a pas pour objet de déterminer quelles sont les personnes contre lesquelles elle peut ou ne peut être prononcée à raison de leur qualité.

Ainsi a été cassé un jugement de Saint-Malo, qui contre la disposition de l'art. 2066 du Code civil, avait condamné par corps une femme en 700 fr. de dommages-intérêts sur une demande en réintégrande.

(*J. Av.*, t. 42, p. 194), sont dispensées de la contrainte par corps, à raison de leur parenté avec le créancier qui obtient la condamnation, savoir : le mari, la femme, les ascendants, frères ou sœurs, et alliés au même degré (1). Mais, par exception au principe d'où découlent ces solutions, il a été jugé par la Cour de cassation, le 31 mai 1816 (*J. Av.*, t. 5, p. 77), qu'en matière criminelle, la femme coupable de dénonciation calomnieuse peut être condamnée par corps au paiement de dommages-intérêts.

L'art. 52 du Code pénal est la disposition légale qui régit ces matières.

Il faut remarquer néanmoins que l'art. 41 de la loi précitée rend commun aux matières criminelles l'art. 19 que nous avons déjà rappelé.]] **Supp.**, p. 130.

532. *La contrainte peut-elle être prononcée, dans les cas prévus par l'art.* 126, *par le même jugement qui porte les condamnations principales ?*

L'opinion la plus généralement adoptée est qu'il faut distinguer deux cas : 1° celui où, la partie ayant conclu à la contrainte, le juge n'aurait pas eu égard à ses conclusions en prononçant les condamnations principales ; 2° celui où la partie, n'ayant pas pris de semblables conclusions, aurait obtenu des condamnations qu'elle n'eût pu parvenir à faire exécuter.

Dans le premier cas, on pense qu'on ne pourrait former, postérieurement au jugement rendu sur le principal, la demande de la contrainte par corps devant le même tribunal ; dans le second, on estime qu'il n'existe pas de motifs qui s'opposent à ce que cette demande soit accueillie. (*V.* t. 1 du Commentaire inséré aux *Annales du Notariat*, p. 252 ; et DELAPORTE, t. 1, p. 132.)

Nous n'adoptons cette opinion que pour le premier cas seulement, mais en remarquant que, si l'on ne peut former la demande devant le tribunal qui a prononcé sur le principal, la voie d'appel reste ouverte pour obtenir la contrainte, si le jugement a été rendu en premier ressort. Ce ne serait donc qu'autant que la matière eût été disposée à recevoir le jugement en dernier ressort, ou que le jugement sujet à l'appel eût passé en force de chose jugée, qu'il n'y aurait aucune ressource pour obtenir la contrainte. (*V.* arrêt de la Cour de Trèves, du 24 mars 1809 ; *S.*, t. 9, 2e part., p. 399 ; et *J. Av.*, t. 8, p. 492, 3e espèce.)

Mais nous pensons que, dans le second cas, la partie aurait à s'imputer la faute de n'avoir pas conclu à ce que le jugement fût déclaré exécutoire par voie de contrainte ; elle aurait annoncé par son silence qu'elle se contentait des voies ordinaires d'exécution. D'ailleurs, il nous paraîtrait trop rigoureux, il serait contraire aux principes de l'autoriser à faire un second procès sur un chef de demande qu'elle pouvait obtenir dans l'instance sur le principal ; instance terminée par un jugement qui a dessaisi le juge. Cette opinion nous paraît, au reste, fondée sur l'art. 127, qui, en disposant que le sursis à l'exécution de la contrainte ne peut être accordé que par le jugement qui prononce sur la contestation, suppose nécessairement que la contrainte elle-même ne sera prononcée que par ce jugement. C'est pourquoi le tribun Faure dit formellement, dans son rapport (*V.* édit. de F. Didot, p. 70), que l'art. 127 *veut que, dans tous les cas où la contrainte peut être prononcée, elle le soit par le même jugement qui statue sur la contestation.*

[[Nous partageons l'opinion de M. Carré sur les deux branches de sa distinction. Quant à la première, personne ne la conteste.

---

(1) [Ni avant, ni depuis la loi nouvelle ce principe n'a reçu d'extension à ce qui concerne les condamnations prononcées entre oncle et neveu. Lyon, 3 février 1830 (*J. Av.* t. 41, p. 484).]

Mais, en ce qui concerne le second cas, il y a quelque dissidence. Un arrêt de la Cour de Turin, du 22 pluviôse an XIII (*J. P.*, 3e édit., t. 4, p. 398), a jugé qu'un tribunal de commerce pouvait, après avoir prononcé une condamnation sans contrainte, rendre un jugement postérieur pour accorder cette voie d'exécution.

Ses raisons de décider sont que, dans les matières commerciales, la contrainte étant de droit, il ne dépend pas du juge d'en affranchir le débiteur, d'où suit que le créancier est toujours autorisé à demander, par une nouvelle action, ce qu'on lui a illégalement refusé par la première; et que d'ailleurs la contrainte, envisagée par rapport à son objet, n'est point en quelque sorte la matière d'une nouvelle demande, mais un mode d'exécution dont les mêmes juges sont régulièrement appelés à connaître.

Un jugement étant nécessaire, aux termes de l'art. 2067 du Code civil, pour obtenir la contrainte par corps, elle ne peut, ce nous semble, être assimilée aux autres voies d'exécution, qui sont la suite nécessaire, quoique non exprimée, de toute condamnation judiciaire. Aussi, la contestation introduite pour se procurer, après le jugement du fond, cette voie de rigueur, ne saurait être considérée comme une difficulté d'exécution.

Prononcer la contrainte par corps par un second jugement, c'est accorder ce qu'on avait d'abord refusé; c'est, par conséquent, réformer son premier jugement, ce que les magistrats ne peuvent jamais faire. Aussi, notre opinion est-elle adoptée par MM. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 303; FAVARD DE LANGLADE, t. 3, p. 157, no 8; et THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 250, et sanctionnée par arrêts des Cours de Paris, 28 germinal an XIII (*J. P.*, 3e édit., t. 4, p. 495); et de Trèves, 24 mars 1809 (*J. P.*, 3e édit., t. 7, p. 465). Tous ces arrêts sont aussi rapportés au *Journal des Avoués*, t. 8, p. 488, où l'on trouve, p. 646, une décision de la Cour de Rennes, du 21 décembre 1816, qui applique ces principes au cas où le fond a été jugé par une sentence arbitrale.]] **Supp.**, p. 131.

533. *Ces mots* EN MATIÈRE CIVILE, *employés au* § 1er *de l'art.* 126, *supposent-ils que les juges civils, saisis d'une action en dommages-intérêts résultant d'un délit, ne puissent se dispenser de prononcer la contrainte?*

Il faut, dans notre opinion, distinguer trois cas : le premier est celui où l'action civile est formée devant les juges civils, suivant la faculté que l'art. 3 du Code d'instruction en donne à la partie qui a souffert du délit; le second est celui où le demandeur serait un tiers qui n'aurait pas été partie au procès criminel, ou un accusé acquitté qui n'aurait connu son dénonciateur qu'après la session de la Cour d'assises ou de la Cour spéciale; enfin le troisième est celui où l'action en dommages-intérêts est intentée contre les héritiers de l'auteur du délit.

Dans le premier cas, les opinions sont partagées; les uns pensent que les juges civils sont tenus de prononcer la contrainte par corps. Ils en donnent pour motif que, toutes les fois qu'une demande fondée sur un délit est portée devant un tribunal civil, il doit être sursis ou statué sur cette demande, jusqu'à ce qu'il ait été prononcé sur l'action publique intentée, soit avant, soit après l'introduction de l'instance (Code d'inst., art. 3). Or, disent-ils, le jugement qui intervient sur l'action publique lie le tribunal civil, de manière qu'il doit ou rejeter la demande en dommages-intérêts, si le prévenu ou l'accusé a été acquitté, ou les adjuger, s'il a été condamné. Dans cette dernière hypothèse, le tribunal civil doit faire ce que les juges criminels auraient fait s'ils avaient été saisis de la demande à fins civiles; il leur est, pour ainsi dire, substitué; il ne connaît qu'accessoirement d'une matière qui n'est civile qu'en ce sens qu'il en connaît comme tribunal *civil*, mais qui participe essentielle-

ment de la nature des matières criminelles. Les juges civils doivent donc, conformément aux art. 52 et 469 du Code pénal, prononcer la contrainte par corps; il ne dépend pas d'eux de la refuser : en un mot, l'art. 126 n'est pas applicable, parce que *la matière* n'est pas purement civile. D'autres estiment, et nous partageons cette opinion, que la partie lésée qui forme sa demande devant un tribunal civil annonce, par l'option qu'elle a consommée entre la voie civile et la voie criminelle, qu'elle renonce à tous les avantages des lois criminelles : ce sont les lois civiles seulement qui doivent régir son action sous tous les rapports ; elle ne poursuit plus un délit ; sa demande ne repose que sur le principe de droit civil consigné en l'art. 1382 du Code civil : *Tout fait quelconque de l'homme qui a causé à autrui un dommage oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer.* Mais ces motifs recevront-ils encore leur application dans le second cas que nous avons posé ci-dessus? Nous ne le pensons pas. Le tiers ou l'accusé acquitté n'est obligé, par les art. 359 et 385 du Code d'instruction criminelle, de se pourvoir en justice civile, que parce qu'il n'est plus possible qu'il fasse juger sa demande en dommages-intérêts par les juges criminels, qui demeurent dessaisis du fond aussitôt qu'ils ont prononcé la condamnation ou l'absolution de la personne inculpée. Les juges civils ne connaissent conséquemment de la demande dont il s'agit que subsidiairement aux juges criminels ; et, comme l'accessoire suit toujours la nature du principal, c'est véritablement sur une matière qui de sa nature n'est pas purement civile, qu'ils ont à prononcer, et par cette raison l'art. 126 nous paraît sans application (1).

Quant au troisième cas, nous estimons que l'on ne peut appliquer l'art. 52 du Code pénal, ni l'art. 126 du Code de procédure civile. On ne doit pas appliquer l'art. 52, parce que, l'action publique s'éteignant par la mort du coupable, suivant l'art. 2 du Code d'instruction, l'action civile qui a pour objet les dommages-intérêts est purement civile, puisque, sous aucun rapport, elle ne peut être accessoire à l'action publique. On ne doit pas davantage appliquer l'art. 126, parce que la contrainte par corps est une sorte de peine prononcée par cet article contre l'individu qui, par sa faute, a porté préjudice à une partie. Or, les héritiers n'ont commis aucune faute, et, s'ils sont civilement responsables, c'est par suite du principe de droit civil, qui veut que les héritiers acquittent les dettes de celui dont ils recueillent la succession; en un mot, nous disons, dans cette dernière hypothèse, ce que plusieurs jurisconsultes affirment de l'héritier du dépositaire, qui, suivant eux, n'est contraignable par corps à la représentation du dépôt, qu'autant qu'on le retrouve en nature dans la succession. C'est qu'alors, il fait, en ne le rendant pas, la même faute que le dépositaire; il se met véritablement à sa place : c'est comme dépositaire et non comme héritier qu'il devient contraignable.

[[L'opinion que M. Carré combat en tête de ce numéro a son principe dans le préjugé répandu chez quelques jurisconsultes de l'influence du criminel sur le civil, préjugé que nous combattons nous-mêmes, au tome 2 du présent ouvrage, p. 446, *Quest.* 943.

Le jugement rendu au criminel ne peut avoir aucune influence sur la déci-

---

(1) Telle n'est pas l'opinion de M. DEMIAU-CROUZILHAC, p. 113 : il pense que, dans cette seconde hypothèse, les poursuites sont purement civiles, et qu'il y a lieu par conséquent à l'application de l'art. 126. Nos lecteurs jugeront si les motifs que nous venons de développer suffisent pour accorder la préférence à notre opinion sur le sentiment contraire.

sion des juges civils, parce que ce n'est pas le même objet qui est en question devant l'une et l'autre de ces deux juridictions.

Les tribunaux civils ne peuvent, dans aucun cas, s'immiscer dans le fait du crime ou du délit; c'est toujours un intérêt purement civil qui leur est soumis; c'est donc toujours la loi civile qu'ils doivent appliquer.

Aussi nous pensons que l'art. 126 du Code de procédure civile doit régir la matière dans les deux premières espèces posées par M. Carré, que la condamnation aux dommages-intérêts par corps est conséquemment facultative lorsqu'ils s'élèvent à la somme de 300 francs, et qu'elle est interdite pour un somme inférieure. Telle est aussi l'opinion de MM. FAVARD DE LANGLADE, t. 3, p. 158, n° 9; THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 248, et BOITARD, t. 1, p. 507. Elle a été consacrée, pour le cas de dommages-intérêts réclamés à raison de dénonciations calomnieuses, par la Cour de Nîmes, le 19 juin 1819 (*J. Av.* t. 7, p. 289).

Quant au dernier cas, nous n'hésitons pas à décider qu'il n'y a nullement lieu à la contrainte contre les héritiers du débiteur, en vertu de la règle que les engagements purement personnels ne passent pas aux héritiers. Quoique le législateur ait cru devoir l'ériger en loi, par l'art. 2 de la loi du 17 avril 1832, à l'égard des héritiers des justiciables des tribunaux de commerce, et qu'il n'ait pas expressément étendu cette disposition aux matières civiles, elle leur est nécessairement applicable d'après les principes généraux, comme le fait observer M. COIN-DELISLE dans son *Commentaire* sur la loi précitée, p. 99, n° 2.]]

[[**533** bis. *Dans quelles circonstances la jurisprudence a-t-elle particulièrement fait l'application soit de la première, soit de la seconde disposition de l'article* 126 ?

La première a été appliquée par la Cour de Paris, le 27 janvier 1810 (*J. Av.*, t. 8, p. 572), à la condamnation prononcée contre celui qui, ayant vendu un immeuble, demande la nullité de la vente après avoir dissipé le prix qu'il en a reçu;

Par la Cour de Colmar, le 7 avril 1821 (*J. Av.*, t. 23, p. 125), à la restitution du prix, prononcée contre le vendeur, en faveur de l'acquéreur évincé;

Par la Cour de Paris, le 26 août 1809 (*J. Av.*, t. 8, p. 562), aux condamnations pécuniaires qu'encourt celui dont les immeubles sont grevés d'hypothèques, lorsqu'il les dégrade et en altère la valeur.

Toutes ces condamnations ont été considérées comme prononcées à titre de dommages-intérêts. D'où M. THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 248, tire la conséquence que la faculté donnée aux tribunaux de condamner par corps pour dommages-intérêts leur permet, dans les cas extraordinaires, de convertir une simple dette, en dette par corps.

Néanmoins, la Cour de Nanci, le 18 mai 1827 (*J. Av.*, t. 34, p. 79), n'a pas voulu reconnaître ce caractère à la restitution d'une somme indûment perçue à l'aide de manœuvres frauduleuses et de dol, et la Cour de Pau, le 24 janvier 1837 (*J. P.*, t. 2 de 1837, p. 254), à la simple restitution du prix d'une cession C'est là une question de droit civil qui dépend beaucoup d'ailleurs de l'appréciation des faits.

La contrainte par corps prononcée par l'art. 126, § 1er, a été encore appliquée contre une partie saisie qui, ayant enlevé les objets sur elle saisis, fut actionnée en garantie par le gardien, et condamnée à lui rembourser 600 fr., que celui-ci avait payés au saisissant, et à lui payer 300 francs de dommages-intérêts; Cass., 30 juillet 1833 (DALLOZ, 33-1-330).

Mais la limite des 300 francs, doit être toujours respectée; au point que,

lorsque les défendeurs ne sont pas déclarés solidaires, on ne peut prononcer la contrainte par corps pour des dommages-intérêts qui, au total, sont supérieurs à 300 francs, si la part de chacun n'atteint pas ce chiffre; Cass., 3 décembre 1827 (*J. Av.*, t. 34, p. 208).

Enfin, la Cour de Bastia, appliquant, le 31 août 1826 (DALLOZ, 1827, 2-179), le 2e § de l'art. 126, a décidé que la contrainte par corps peut être prononcée contre un tuteur à raison des sommes qu'il reconnaît avoir perçues, quoiqu'il n'ait pas encore rendu son compte.]] **Supp.**, p. 131. ARRÊTS NOUVEAUX.

534. *L'art.* 126 *est-il applicable en matière commerciale, en sorte que les juges de commerce ne seraient pas tenus, mais n'auraient que la faculté de prononcer la contrainte par corps pour dommages-intérêts?*

Avant la mise en activité du Code de procédure, la Cour de cassation, par arrêt du 24 brumaire an XII, rapporté par M. DENEVERS, an XII. p. 165, et *J. Av.*, t. 8, p. 460, 2e espèce, rejeta un pourvoi formé contre un arrêt de la Cour d'appel de Bordeaux, qui avait prononcé la contrainte pour dommages-intérêts dans une affaire entre négociants associés.

Cette décision fut motivée sur ce que cette contrainte, étant autorisée pour le capital, par la loi du 15 germinal an V, l'était à plus forte raison pour les dommages-intérêts, qui, outre leur qualité d'accessoires qui les soumet, par conséquent, au même mode d'exécution que le capital, supposent encore une injustice à réparer, et sont conséquemment considérés comme une peine judiciaire infligée aux téméraires plaideurs.

Remarquons que le titre premier de la loi du 15 germinal an VI, relatif à la contrainte par corps en *matière civile*, a été remplacé par les dispositions du tit. 16 du liv. 3 du Code civil, qui détermine les cas où cette contrainte peut encore avoir lieu, sans y comprendre les dommages-intérêts. Il a fallu, pour que les juges aient pu la prononcer, que l'art. 126 du Code de procédure vînt les y autoriser.

Mais le titre second de la même loi du 15 germinal est resté en vigueur pour les affaires commerciales, nonobstant la publication du nouveau Code de commerce. Or, l'art. 1er de ce dernier titre porte expressément que la contrainte par corps a lieu de *marchand à marchand, pour fait de marchandises dont ils se mêlent réciproquement* (1).

Il est bien certain que les juges ne pourraient, d'après cette disposition, se refuser, dans le cas qu'elle détermine, à prononcer la contrainte par corps pour le capital; et puisque la Cour de cassation a jugé, en appliquant cette loi du 15 germinal, que la contrainte devait être ordonnée pour les dommages-intérêts, ne devra-t-on pas décider que l'art. 126 n'est point applicable en matière commerciale, et que, par conséquent, les juges ne peuvent, sous prétexte de la faculté accordée par cet article, refuser de prononcer la contrainte?

Ainsi, les expressions de l'art. 126, *en matière civile*, ne s'entendraient que des matières autres que les matières criminelles et commerciales; elles ne s'entendraient que dans le même sens où elles se trouvent employées dans l'art. 2059 du Code civil, où elles n'ont aucun trait aux matières commerciales, puisque l'art. 2070 du même Code exclut formellement des dispositions qu'il renferme les *matières de commerce* régies par des lois particulières.

En un mot, l'art. 126 ne présenterait qu'une disposition additionnelle à celles

---

(1) V. aussi l'art. 637 du Code de commerce

que le Code civil contient sur la contrainte par corps en *matière purement civile*, et non pas une disposition dérogatoire à celles de la loi du 15 germinal, sur la même contrainte en *matière commerciale* (1).

Nous devons faire observer maintenant que, dans une espèce où il s'agissait aussi de dommages-intérêts entre associés, la Cour de cassation, section des requêtes, a décidé, le 12 août 1807 (V. *S.*, 1807, p. 433, et *J. Av.*, nouvelle édition t. 6, p. 673), qu'en prononçant la contrainte par corps pour l'exécution d'un jugement qui portait condamnation aux dommages-intérêts, les juges avaient fait une juste application de l'art. 126 du Code de procédure.

D'un autre côté, un arrêt de la Cour d'appel de Colmar, du 17 mars 1810 (*S.*, t. 10, 2e part., p. 202, et *J. Av.*, t. 8, p. 574), motive le refus de prononcer la contrainte pour dommages-intérêts en matière de commerce, sur ce que le même art. 126 laisse à la prudence du juge de l'ordonner ou non. Ainsi, après avoir posé la question qu'il considère comme décidée, l'arrêtiste dit *qu'en matière de dommages-intérêts, les juges de commerce ont la faculté, mais ne sont pas tenus de prononcer la contrainte par corps.*

Pour concilier ces décisions avec l'arrêt du 24 brumaire an XII (*J. Av.*, nouvelle édition, t. 8, p. 460 et suiv.), on dirait qu'à l'époque où cet arrêt a été rendu, il n'existait point de loi qui donnât aux juges, comme l'a fait l'article 126 du Code de procédure, la faculté de prononcer ou de refuser la contrainte par corps pour dommages-intérêts ; qu'ainsi l'on pouvait étendre la disposition de la loi du 15 germinal aux dommages-intérêts ; mais aujourd'hui l'article 126 ne permet plus cette interprétation extensive, parce qu'il comprend, sous ces expressions en *matière civile*, qui n'excluent que les matières criminelles, les matières commerciales, qui sont aussi, par opposition à ces dernières, des matières civiles.

Nous ne partageons point cette opinion, quelques inductions que l'on puisse tirer en sa faveur des deux arrêts que nous venons de citer, et nous nous fondons sur ce qu'il serait contradictoire que le législateur qui, en matière civile ordinaire, ne permet point la contrainte par corps pour le principal, mais seulement pour les dommages-intérêts, parce qu'ils résultent d'une faute dont il veut assurer la prompte réparation, eût laissé au juge la faculté de la refuser dans une matière où il la prononce formellement pour le capital. (*V.* SALLÉ, sur l'art. 1er, tit. 4 de l'ordonnance de 1667.)

[[L'art. 1er de la loi du 17 avril 1832 semble trancher toute difficulté : il ne distingue point entre le capital et les dommages-intérêts ; l'art. 126 ne nous paraît donc pas applicable aux condamnations prononcées par les tribunaux de commerce. Telle n'est pas l'opinion de M. COIN-DELISLE, p. 86, n° 22, qui s'appuie de trois arrêts de la Cour de cassation, antérieurs, à la vérité, à la nouvelle loi, des 18 janv. 1814 (*J. Av.*, t. 8, p. 624), 2 août 1827 (DALLOZ, t. 27, 1-1440), et 30 décembre 1828 (*J. Av.*, t. 36, p. 161).

Mais nous pouvons invoquer le sentiment, conforme au nôtre de MM. FAVARD DE LANGLADE, t. 3, p. 159, n° 10, et BOITARD, t. 1, p. 505

Quant aux dépens, *V.* notre *Quest.* 539.]]

---

(1) Nous examinerons, sur l'art. 804, l'importante question de savoir si le débiteur d'une dette commerciale qui a obtenu son élargissement faute de consignation d'aliments, peut être incarcéré de nouveau pour la même dette aux termes de cet article, ou si, au contraire, cette faculté n'est accordée qu'en matière civile; question qui se rattache à la question ci-dessus. [Les termes de l'art. 31 de la nouvelle loi ne permettent plus de controverse à ce sujet.]

[[**534** bis. *Peut-on obtenir la contrainte par corps pour l'exécution d'une dette commerciale inférieure à 200 francs, contractée avant la loi du 17 avril 1832?*

Pour la négative, on s'appuie du principe que la loi n'a point d'effet rétroactif, et c'est la doctrine que professe M. GINOUVRIER, dans son Traité de la loi précitée, p. 15, où il avoue néanmoins que la jurisprudence du tribunal de Paris est contraire à son arrêt.

Cependant, sans s'arrêter à ce principe de non-rétroactivité, la Cour de cassation avait jugé, le 12 août 1807 (*J. Av.*, t. 6, p. 673), que la contrainte par corps pouvait être prononcée à raison de dommages-intérêts dans une cause commencée avant la mise à exécution du Code de procédure.

Le 13 février 1835 (*J. Av.*, t. 49, p. 497), la Cour de Toulouse a décidé affirmativement, et *in terminis*, la question ci-dessus.

Enfin, la Cour de Paris a jugé différemment, le 18 avril 1834 (*J. Av.*, t. 46, p. 288), mais dans une espèce où il s'agissait d'autoriser l'exécution de la contrainte par corps, prononcée, pour une dette inférieure à 200 francs, par un jugement passé en force de chose jugée avant la promulgation de la loi de 1832 : on ne peut disconvenir qu'il n'y eût dans ce dernier cas des motifs bien plus puissants que dans l'espèce de la question posée.

Quant à nous, il nous semble que, les dispositions de loi organisatrices ou restrictives de la contrainte par corps étant d'ordre public, et les modifications qu'elles subissent étant proportionnées aux nécessités sociales actuelles, c'est la loi du jour de la condamnation qui doit être suivie dans les jugements, celle du jour de l'exécution lorsqu'il s'agit d'exécuter.

Au reste, il est bien certain que la loi de 1832 n'a pas craint de rétroagir; plusieurs de ses articles le prouvent : l'art. 42 porte que les septuagénaires incarcérés avant sa promulgation obtiendront leur liberté; l'art. 19 veut que les parents, contre lesquels elle défend la contrainte par corps, sortent de prison s'ils sont déjà détenus : reste donc à savoir si elle a voulu pareillement rétroagir en défendant d'emprisonner le débiteur d'une somme de 200 francs? Pour établir la négative, le tribunal de la Seine argumente du silence de la loi; mais c'est juger la question par la question, car c'est précisément parce que ce n'est pas littéralement exprimé par le législateur, qu'il y a difficulté : il n'y en aurait pas, si la loi eût parlé formellement. En cet état de choses, faut-il dire que, puisqu'elle n'a pas expressément défendu d'exécuter une condamnation ancienne et inférieure à 200 francs, elle a permis de le faire? Non, car il est des cas où elle a prohibé d'exercer la contrainte par corps, et où assurément on n'oserait pas l'exercer, quoique la dette fût antérieure à sa promulgation. Tel est celui où il s'agirait d'une dette entraînant la contrainte par corps contre deux époux; quelle que fût l'ancienneté du titre, on ne se hasarderait pas à emprisonner à la fois l'un et l'autre (art. 21). Pourquoi cela? parce que le motif de la prohibition existe pour une dette ancienne comme pour une nouvelle. Or, ne peut-on pas dire aussi que, soit nouvelle, soit ancienne, une dette inférieure à 200 francs n'est pas suffisante dans l'esprit de la loi pour emprisonner le débiteur? N'en est-il pas de même pour une femme étrangère, condamnée par corps avant la nouvelle loi, et qu'on voudrait incarcérer depuis, sous prétexte qu'à la vérité la loi défend bien en général de l'emprisonner (art. 18); mais sans ajouter qu'elle ne le défend pas pour les dettes antérieures à sa promulgation?]]

535. *La condamnation à la contrainte, prononcée par l'art.* 690 (683) *du Code de procédure, contre le saisi qui aurait coupé des bois ou commis des dégradations, est-elle facultative?*

Non, parce que l'art. 690 (683) est impératif et fait exception à l'art. 126; mais

elle ne peut être prononcée, si les dommages-intérêts s'élèvent à une somme moindre de 300 fr., conformément à cet article et à l'art. 2065 du Code civil. (*V.* PIGEAU, t. 2, p. 213.)

[[Cette décision ne peut souffrir de difficulté.]] V. t. 5, p. 562, n° CCCCXCIII *ter*

536. *De ce que le § 2 de l'art. 126 ne porte pas, comme le premier, que la faculté de prononcer la contrainte par corps n'est accordée aux juges qu'autant que le montant de la condamnation s'élèverait au-dessus de la somme de 300 francs, s'ensuit-il que cette faculté leur soit accordée au-dessous de cette somme, pour les objets mentionnés en ce § 2?*

Nous ne le pensons pas, par le motif que l'art. 2065 du Code civil présente une disposition générale portant, sans distinction, que la contrainte par corps ne peut être prononcée pour une somme moindre de 300 francs. Il est vrai que l'on peut opposer que, d'après cet art. 2065, il était inutile d'exprimer, dans le § 1er de l'art. 126, que la contrainte pourrait être prononcée pour dommages-intérêts au-dessus de 300 francs, et que le législateur, en prenant soin de s'expliquer à ce sujet, annonce qu'il a eu l'intention de l'autoriser au-dessous de cette somme, dans les cas mentionnés au § 2.....

Mais déjà l'on peut remarquer que ce n'est qu'après avoir précisé, dans l'art. 2060 du Code civil, les cas où la contrainte par corps a lieu (et parmi eux se trouvent, comme dans l'art. 126 du Code de procédure, les restitutions à faire par les personnes publiques), que l'art. 2065 defend de la prononcer pour une somme moindre de 300 fr. Or, ce n'est pas par une simple induction que l'on doit raisonner en matière de contrainte; il faudrait une dérogation expresse dans le Code de procédure, pour qu'on ne pût appliquer cet art. 2065, et nulle disposition ne prononce cette dérogation. D'ailleurs, admettrait-on que la solution de la question ci-dessus posée fût vraiment douteuse, la faveur de la liberté doit vraiment porter à la décider négativement.

C'est par ces motifs, sans doute, que M. PIGEAU, liv. 2, part. 3, tit. 5, ch. 3, art. 1, après avoir parlé des cas mentionnés en l'art. 126, répète que, dans tous ceux où la loi autorise la contrainte, elle ne peut être prononcée pour une somme moindre de 300 fr., conformément à l'art. 2065 précité. C'est encore par ces motifs qu'il dit, t. 2, p. 95, que le gardien d'objets saisis n'est contraignable par corps qu'autant que ses obligations montent au-dessus de 300 fr. (1).

[[Cette opinion, qui nous paraît évidente, est adoptée par MM. FAVARD DE LANGLADE, t. 3, p. 157, *in fine;* THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 249, et BONCENNE, t. 2, p. 533, à la note.

Un arrêt de la Cour de Bastia, du 13 juin 1827 (*J. Av.* t. 34, p. 291), l'a ainsi jugé à l'égard de l'administration d'un ancien prieuré, dont le reliquat de compte ne s'élevait pas à 300 francs.

Cette décision est confirmée par le titre 3 de la loi du 17 avril 1832, qui contient une disposition formelle en ce qui concerne les détenteurs de deniers ou effets appartenant à l'Etat, aux communes ou aux établissements publics.]]

---

(1) Au surplus, comme le fait observer M. Thomine, dans ses cahiers dictés en la faculté de Caen, le Code de procédure n'a point dérogé à l'art. 2065 du Code civil, en permettant de prononcer la contrainte par corps pour reliquat de compte de tutelle ou restitution à faire par suite d'administration confiée par justice. L'art. 126 n'a eu pour but que de déclarer que, si la contrainte par corps a lieu dans les cas qu'il exprime, ce n'est pas toujours pour les juges une nécessité, mais que la loi s'en rapporte à leur prudence.

537. *L'héritier bénéficiaire, étant administrateur, peut-il être contraint par corps, conformément au § 2 de l'art.* 126?

Non, parce qu'il n'a pas une administration confiée par justice. (*P.* PIGEAU, iv. 2, part. 3, tit. 5, ch. 3, art, 1.)

[[Nous approuvons cette décision avec MM. THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 249, et BOITARD, t. 1, p. 509.]]

538. *Est-il des cas, autres que ceux mentionnés en l'art.* 126, *dans lesquels le juge ne soit pas tenu, mais n'ait que la faculté de prononcer la contrainte?* [[*Peut-il la refuser lorsque la loi ne se sert pas de termes facultatifs?*]]

Oui; tels sont ceux prévus par les art. 2061, et 2062 du Code civil, et par es art. 213 et 534 du Code de procédure; mais les juges sont tenus de la pro- ioncer dans les cas prévus par les art. 2059 et 2060 du premier de ces deux Codes, et 191, 264, 690, 712, 744, et 839 du second. (*V.* les questions résolues ur les articles du Code de procédure ci-dessus cités.)

[[Ici se présente naturellement l'importante question de savoir si hors les cas où la loi a déclaré la prononciation de la contrainte facultative, les ribunaux peuvent s'y refuser quand la loi l'autorise, et que la partie le equiert.

« Il a été nécessaire, a dit l'orateur du gouvernement sur l'art. 126 C. pr. civ LOCRÉ, t. 21, p. 535, n° 32), de s'expliquer nettement sur les cas où la con- rainte peut être prononcée; elle doit l'être toutes les fois que la loi l'ordonne, nais il est des cas où il a paru convenable et utile, non pas de l'ordonner, nais de la permettre; ces cas ont dû être et ont été déterminés avec préci- ion. » Ces cas (évidemment ceux où la contrainte est facultative), ayant esoin d'être déterminés, il s'ensuit nécessairement qu'ils ne seront qu'une xception, et que la regle générale sera l'obligation de condamner à la con- rainte quand la loi la prononce. Quels sont donc les cas exceptés? Ils doi- ent être faciles à reconnaître puisque le législateur a voulu les déterminer vec *précision*. En effet, nous en trouvons plusieurs; l'art. 126 dit : « *Il est éanmoins* laissé à la prudence des juges; » l'art. 213 C. pr. civ., « *le défendeur ourra être contraint par corps;* » enfin l'art. 534, C. pr. civ. « *si le tribunal l'estime onvenable.* » Voilà les cas où le législateur a dit avec *précision* que les juges vaient la faculté de prononcer ou de refuser la contrainte. Mais cet au- eur range, parmi les articles facultatifs, les art. 2061 et 2062, C. c., sans faire onnaître les motifs de son opinion; le mot *peuvent*, qui se rencontre dans un et l'autre article, aura sans doute déterminé sa décision. Il est vrai qu'en hèse générale, cette expression indique une faculté plutôt qu'une nécessité; nais nous ne pensons pas qu'il en soit de même dans la circonstance ac- uelle; en effet, le Code fait deux classes de cas: dans l'une, la contrainte *ne eut* être prononcée, c'est la règle générale (art. 2063); dans l'autre, elle *peut* être, ce sont les cas spécifiés; ici, le mot *peut* opposé au mot *ne peut*, n'a rien e facultatif; cette expression ne l'est donc pas toujours; ainsi, dans l'art. 062, il est évident que le mot *peuvent* de la seconde phrase est opposé au not *ne peut* de la première. Comment penser, en effet, que celui qui refuse 'obéir à la justice et se maintient malgré elle dans la chose d'autrui; que le ermier, dépositaire en quelque sorte des objets qu'il soustrait, soient vus vec plus d'indulgence par le législateur, que l'ami, la caution du contrai- nable, auquel on ne peut reprocher d'autre faute souvent que son insolva- ilité? l'art. 2062 ne contient-il pas, d'ailleurs, le cas d'excuse, et ne doit-on as en conclure qu'aucune autre ne peut être admise? Au surplus, l'ora- eur du gouvernement s'est exprimé, à cet égard, de la manière la plus for-

melle; ainsi, sur l'art. 2061, il a dit : « l'ordre public et le repos de la société dépendant essentiellement de l'exécution des jugements, toute désobéissance à l'autorité de la justice est un délit public contre lequel elle *doit* déployer toute sa sévérité. » Et sur l'art. 2062 : « ce qui doit légitimer la stipulation d'une voie aussi rigoureuse, c'est la conduite odieuse du fermier qui dissipe la portion des fruits qu'il doit remettre au propriétaire, ou le prix qui la représente, conduite que les lois romaines taxaient de vol et réprimaient en conséquence. » Nous pensons donc que le législateur n'a point entendu ranger ces deux articles parmi les cas *déterminés avec précision* dans lesquels il n'a permis que la contrainte ne fût que facultative, et qu'il faut les soumettre à la règle générale qui veut que le juge prononce la contrainte dans tous les cas où elle est autorisée, si la partie le requiert.

MM. MERLIN, *Q. de D.*, v° *Contrainte par corps*, § 4; PARDESSUS, t. 5, p. 289, et CARRÉ, *Compétence*, pensent aussi que le juge ne peut se refuser à prononcer la contrainte dans les cas où elle est de droit.

Or, à ces cas, tels qu'ils sont énumérés par M. Carré dans sa solution de la question ci-dessus, et par MM. THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 247, et BOITARD, t. 1, p. 501, il faut ajouter, d'après l'art. 9 de la loi du 17 avril 1832, celui où il s'agit de reliquat de compte de la part d'un comptable envers un établissement public.

Cet article a introduit, en effet, cette notable exception au § 2 de notre art. 126, qui rangeait cette espèce parmi les cas de contrainte facultative.

Au reste, l'opinion de M. Carré, sur la nature obligée ou facultative de la contrainte prononcée par les art. 2061 et 2062 du Code civil, est partagée par MM. Thomine Desmazures et Boitard, *loc. cit.* M. PIGEAU, pr. civ. liv. 2, part. 3, tit. 5, ch. 3, art. 1, embrasse, au contraire, notre sentiment.]]

539. *Les dépens peuvent-ils entraîner la contrainte par corps, soit en matière civile, soit en matière commerciale?*

D'après l'art. 2, tit. 34 de l'ordonnance de 1667, la contrainte pouvait être ordonnée *après les quatre mois*, pour dépens adjugés, quand ils s'élèveraient à 200 livres et au-dessus; hors ce cas, elle n'avait pas lieu même dans les juridictions consulaires, et c'est à tort que ROGUES, t. 1, p. 196, enseigne le contraire. Aussi, DUPARC-POULLAIN, t. 10, p. 538, n° 3, dit-il, sans faire aucune distinction pour les condamnations en matière de commerce, que la contrainte par corps s'étend bien aux intérêts comme au principal, mais non au-dessous de 200 livres.

La loi du 15 germinal an VI, qui rétablit la contrainte par corps, abolie par la loi du 9 mars 1793, ne l'établit point pour les dépens, comme l'avait fait l'ordonnance de 1667. On ne peut donc la prononcer, surtout d'après l'art. 19 du tit. 3, qui abrogea *tous règlements*, lois et ordonnances rendus en matière de contrainte par corps. Ainsi la contrainte par corps cessa de pouvoir être ordonnée pour dépens en toute matière. Telle est du moins la conséquence qui paraît résulter clairement de la loi du 15 germinal an VI : or cette loi fait encore règle pour les affaires de commerce.

Quant aux affaires civiles, le Code civil, art. 2059 et suivants, ne dit rien des dépens; et l'art. 126 du Code de procédure, qui laisse aux juges la faculté de prononcer la contrainte dans certains cas, ne comprend pas non plus les dépens. Nous sommes donc fondés à conclure que, dans aucun cas, notre législation actuelle n'autorise cette voie rigoureuse pour les condamnations aux dépens. (*V.* d'ailleurs le Comm. de l'article.)

[[Cette opinion est adoptée par MM. MERLIN, *Répert.*, v° *Contrainte par corps*, FAVARD DE LANGLADE, t. 3, p. 158, n° 9; THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 248;

BONCENNE, t. 2, p. 534, et BOITARD, t. 1, p. 505. M. COIN-DELISLE, p. 87, n° 25, fait observer que la limitation de la loi nouvelle, qui prend pour base la somme principale, confirme cette ancienne règle.

Elle a été consacrée, en matière commerciale, par les arrêts de la Cour de cassation, des 14 novembre 1809; 14 avril 1817 (*J. Av.*, t. 8, p. 567); 4 janvier 1825 (*J. Av.*, t. 28, p. 56), et, en matière civile, par ceux du 30 juillet 1833 (DALLOZ, 33-1-330), et du 17 janvier 1832 (DALLOZ, 1832-1-179), et par la Cour de Bordeaux, le 28 avril 1837 (*J. Av.*, t. 53, p. 554).

La Cour de Toulouse, le 20 février 1832 (*J. Av.*, t. 42, p. 294), a même déclaré la contrainte impossible pour des dépens adjugés à titre de dommages intérêts. Qu'elle eût usé de son droit facultatif, en la refusant à cause de la qualité des parties, puisqu'il s'agissait d'une séparation de corps entre mari et femme, nous trouverions la décision bien rendue; mais la refuser en principe nous semble une violation manifeste de l'art. 126.

« Les dépens, dit M. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 325, prononcés pour tenir lieu de dommages-intérêts, étant de véritables dommages-intérêts, le juge peut y condamner par corps quand ils excèdent 300 francs, ce qu'il ne peut faire quand les dépens ne sont accordés que comme dépens. »

En effet, les deux créances des dépens et des dommages-intérêts sont distinctes et séparées (*V.* sous l'art. 137, la *Quest.* 588 *oct.*); en sorte que, du moment que les dépens sont adjugés à titre de dommages, ils changent de nature, et doivent, par conséquent, être régis par d'autres principes]] **Supp.**, p. 132.

540. *Les juges peuvent-ils prononcer la contrainte par corps, si la partie n'y a pas expressément conclu?*

En aucun cas, les juges ne peuvent prononcer d'office la contrainte par corps; car il dépend du demandeur d'y renoncer, et cette renonciation est présumée lorsqu'il néglige de conclure. (*V.* JOUSSE, sur l'art. 4, tit. 34 de l'ordonnance de 1667, note 1, et RODIER, sur le même article, *Quest.* 1re, *in fine.*)

[[Tel est, avec raison, l'avis de MM. BONCENNE, t. 2, p. 534; BOITARD, t. 1 p. 502 et 504, et COIN-DELISLE, p. 86, n° 21. Un arrêt de la Cour de Bruxelles, du 30 nov. 1818 (*J. Av.*, t. 8, p. 672), l'a expressément consacré.]] **Supp.**, p. 132.

[[**540** bis. *L'art. 7 de la loi du 17 avril 1832, qui prescrit aux tribunaux de fixer la durée de la contrainte par corps en matière civile, doit-il être observé à peine de nullité?*

Avant la promulgation de la loi du 17 avril 1832, la contrainte par corps contre le débiteur insolvable n'avait d'autre terme que l'accomplissement de sa soixante-dixième année, ou la cession de biens, que la réunion de plusieurs conditions nécessaires rend toujours difficile, et souvent impossible.

L'art. 7 de la nouvelle loi a apporté à cet état de choses une modification importante, analogue à celle que les art. 5 et 40 ont introduite pour les matières commerciale et criminelle.

La durée de la contrainte par corps devra être fixée par le jugement qui la prononcera, et qui ne pourra ni la restreindre au-dessous d'un *minimum* qui est toujours un an, ni l'étendre au-delà d'un *maximum* qui est de dix années en règle générale, et de cinq seulement dans les cas prévus par l'art. 2062 du Code civil, et dans tous ceux où la contrainte par corps n'est pas obligée, mais où la loi attribue seulement aux juges la faculté de la prononcer. A nombre des cas ainsi désignés, on devrait même, suivant MM. GINOUVIER, p. 47, n° 4, et COIN-DELISLE, p. 93, n° 2, comprendre ceux où la contrainte peut résulter d'une convention. Cette interprétation nous paraît arbitraire

et en opposition avec le texte de la loi, qui ne nous semble pas offrir l'obscurité dont ces auteurs se plaignent. Nous croyons que notre article voulu désigner les cas où la contrainte ne peut résulter que de dispositions légales, mais où son application est abandonnée à la prudence du juge. Il est certain, en effet, que, dans les cas où elle résulte d'une convention les juges n'ont pas la faculté, mais l'obligation de la prononcer.

Quoi qu'il en soit, l'on demande s'il y aurait nullité du jugement qui, en matière civile, ne fixerait pas la durée de la contrainte par corps.

M. COIN-DELISLE, p. 94, n° 5, enseigne la négative, en se fondant sur le silence de la loi, qui ne prononce pas de nullité pour une semblable omission. La formalité n'est pas d'ailleurs essentielle, à son avis; puisque, lorsqu'elle n'est pas observée, on peut considérer la durée de l'emprisonnement comme fixée de plein droit au *minimum* du temps déterminé par la loi. C'est une interprétation dont le condamné n'aura pas à se plaindre; car, la contrainte par corps une fois décernée, il ne pouvait obtenir rien de plus favorable.

Le 1er août 1838 (*J. P.*, t. 1 de 1839, p. 13), la Cour de Nîmes a complétement adopté cette doctrine, en ajoutant qu'un second jugement qui déterminerait la durée serait illégal. La Cour d'Aix, tout en admettant qu'il n'y aurait pas nullité pour l'omission dont s'agit, a jugé, au contraire, le 30 mars 1838 (*J. P.*, t. 2 de 1838, p. 570), qu'elle n'emporterait pas, de plein droit, fixation au *minimum* de la loi, mais que la durée pourrait, sans inconvénient, être fixée par un jugement ultérieur.

La Cour de cassation a repoussé, sur notre plaidoirie, l'un et l'autre de ces systèmes, en appliquant la nullité à des jugements qui n'avaient point fixé la durée de l'emprisonnement; les 14 février 1835 (*J. Av.*, t. 48. p. 188); 13 avril 1836 (*J. P.*, t. 3 de 1836, p. 475), et 12 novembre 1838 (*J. P.*, t. 2 de 1838, p. 666).

Ce dernier arrêt décide même que le jugement n'en doit pas moins être cassé, bien que postérieurement le créancier en ait fait rendre un nouveau pour fixer la durée.

La jurisprudence de la Cour suprême nous paraît conforme aux principes; car, en matière d'emprisonnement, tout doit être rigoureux, et, quand la loi dit que le jugement qui prononce la contrainte en fixera la durée, il est censé ne l'avoir pas prononcée du moment qu'il n'a pas rempli cette condition.

Nous n'adoptons pas la fixation de droit au *minimum*, parce que ce n'est pas la loi, mais le jugement qui doit régir les espèces; ni une fixation par jugement postérieur, car, par le premier, le juge se trouve dessaisi.

Au reste, la même question s'est présentée très souvent en matière criminelle, et de nombreux arrêts analogues ont été rendus par la Cour de cassation. C'est qu'il n'y a dans le texte aucune différence qui autorise à juger diversement dans les matières civiles ou criminelles.

Relativement à ces dernières, on peut consulter les arrêts des Cours de Douai, 7 mars 1835 (*J. Av.*, t. 48, p. 360); de Paris, 9 juin 1836 (*J. Av.*, t. 51, p. 477), et de la Cour de cassation, 20 mars 1835 (*J. Av.*, t. 49, p. 611; t. 50, p. 138, et t. 51, p. 701); 14 mai 1835 (*J. Av.*, t. 49, p. 611); 31 décembre 1835 (*J. Av.*, t. 51, p. 416); 7 avril 1836 (*J. Av.*, t. 50, p. 378), et 14 mai 1836 (*J. Av.*, t. 51, p. 580).]] **Supp.**, p. 133. Modif. résultant de la loi de 1848.

ART. 127. Pourront les juges, *dans les cas énoncés* en l'article précédent (1), ordonner qu'il sera sursis à l'exécution de la contrainte par

(1) *Dans les cas énoncés*, et non pas dans ceux où la contrainte reposerait sur une disposition du Code civil.

corps, pendant le temps qu'ils fixeront, après lequel elle sera exercée sans nouveau jugement. Ce sursis ne pourra être accordé que par le jugement qui statuera sur la contestation, et qui énoncera les motifs de délai.

Code civil, art. 1244. — Code de commerce, art. 570 — [Notre Dict. gén. de Proc. v° *Contrainte par corps*, n°s 120 à 122.—Devilleneuve, *eod.*, § 10.—Armand Dalloz, *eod.*, sect. 1re —Locré, t. 21, p. 423, n° 76. — QUESTIONS TRAITÉES : Les juges peuvent-ils accorder d'office, le sursis dont-il s'agit en l'art. 127, lorsque la partie condamnée ne le demande pas? *Q.* 541. — Les juges peuvent-ils, hors les cas mentionnés en l'art. 126, surseoir à l'exécution de la contrainte par corps? *Q.* 542.—Pourrait-on, sous l'appel, obtenir sursis à l'exécution de la contrainte par corps? 543. — Peut-on exécuter la contrainte par corps dans les cas exprimés par l'art. 126, lorsque les juges ont accordé du délai en vertu de l'art. 122? peut-on l'exécuter par provision nonobstant l'appel? *Q.* 544.]

XCI. On voit que cette disposition, en même temps qu'elle évite un nouveau procès et un nouveau jugement, donne aux juges la facilité d'accorder des délais plus ou moins longs, selon la situation des débiteurs et la nature de l'affaire. (*Rapp. au Corps législ.*)

541. *Les juges peuvent-ils accorder d'office le sursis dont il s'agit en l'art.* 127, *lorsque la partie condamnée ne le demande pas?*

Nous fondons l'affirmative de cette question sur ce que l'art. 126 investit les juges du pouvoir de prononcer ou de refuser la contrainte par corps dans les cas qu'il exprime. Or, il nous paraît résulter clairement de cette faculté que le législateur a entendu leur donner celle d'accorder d'office, et même par un jugement par défaut, un sursis à cette contrainte. (*V.* le tome 1, p. 244, du Comm. inséré aux *Annales du Notariat*, et DELAPORTE, t. 1, p. 133.)

[[Car, comment ne pourraient-ils pas modifier ce que la loi leur permet de refuser en entier? C'est l'avis de M. BONCENNE, t. 2, p. 534.]]

542. *Les juges peuvent-ils, hors les cas mentionnés en l'art.* 126, *surseoir à l'exécution de la contrainte par corps?*

Non, puisque l'art. 127 se rattache expressément à l'art. 126.

Cependant l'art. 900 du Code de procédure présente une exception, en ce qu'il porte que la demande en cession de biens ne suspendra l'effet d'aucune poursuite, sauf aux juges à ordonner, parties appelées, qu'il sera sursis provisoirement.

Mais cette disposition est-elle applicable en matière de commerce? Cette question sera traitée sous l'art. 900.

[[Dans tous les cas où la contrainte par corps est de droit (*V.* la *Quest.* 538), nous admettons que les juges ne peuvent pas accorder de sursis. Ce serait un refus partiel d'exécuter une loi qu'ils ne peuvent, sous aucun prétexte, se dispenser d'appliquer. Tel est l'avis de M. BOITARD, t. 1, p. 510, consacré, pour l'espèce du stellionat, par l'arrêt de la Cour de Lyon du 10 juillet 1827 (*Journ.* de cette Cour, 1827, p. 221); mais il est d'autres cas que ceux de l'article 126, où la contrainte est facultative (*V.* encore la *Quest.* 538). Il nous semble que le motif qui a dicté la disposition de l'art. 127 (*V.* la *Quest.* 541), est applicable à ces derniers comme aux autres.

Cependant, M. BOITARD, qui traite cette question au t. 1, p. 511 et 512, s'en tient à la lettre de l'art. 127, qui semble ne se rapporter textuellement qu'aux cas énoncés dans l'art. 126. « On conçoit, dit-il, que, dans certains cas déterminés, la loi ne vous laisse que le choix entre deux extrêmes, sans vous permettre d'avoir recours à un moyen terme.

Un pareil système serait au moins assez bizarre pour qu'on voulût le voir formellement écrit dans le texte, et, comme il n'y est point, nous pensons que le sursis de l'art. 127 est applicable non-seulement aux cas de contrainte dont s'occupe l'art. 126, mais encore à tous ceux qui sont abandonnés à la sagesse des juges par diverses dispositions, soit du Code civil, soit du Code de procédure. Toutefois, l'art. 9 de la loi du 17 avril 1832 ayant distrait du nombre des cas où la contrainte était simplement facultative, d'après l'article 126 du Code de procédure civile, celui où elle est prononcée contre un comptable reliquataire de deniers envers un établissement public, il faut décider que le sursis ne peut plus être accordé dans ce cas.]] **Supp., p. 134.**

543. *Pourrait-on, sous l'appel, obtenir sursis à l'exécution de la contrainte par corps?*

Voyez les questions traitées sous l'art. 459.

544. *Peut-on exécuter la contrainte par corps dans les cas exprimés par l'article* 126, *lorsque les juges ont accordé des délais en vertu de l'art* 122? [[*Peut-on l'exécuter par provision nonobstant appel?*]]

Non; car on ne saurait appliquer à cette hypothèse l'exception portée par l'art. 124. (*V.* DEMIAU-CROUZILHAC, p. 114.)

[[La raison que M. DEMIAU-CROUZILHAC, p. 114, donne de cette décision est qu'on peut bien agir contre les biens nonobstant le délai accordé, mais non pas contre la personne du débiteur, parce qu'il n'y a pas de motif d'attenter à la liberté avant le terme fixé par le jugement.

Nous adoptons cette opinion, parce qu'il s'agit de liberté.

Peut-on exécuter la contrainte par provision nonobstant appel? Cette question est traitée sous le n° 578 *ter*.]]

ART. 128. Tous jugements qui condamneront en des dommages et intérêts, en contiendront la liquidation (1), ou ordonneront qu'ils seront donnés (2) par état.

[Notre Comm. du Tarif, t. 1, p. 190, n° 17.] — Ordonn. de 1667, tit. 26, art. 6. — Code civ., art. 1146 et suiv. — Code de proc., art. 185, 523, 524, 525 — [Notre Dict. gén. de Proc., v^is *Dommages-intérêts*, n°s 3, 4, 7, 12 à 15, 27; *Saisie immobilière*, n° 890. — Devilleneuve, v° *Dommages-intérêts*, n°s 55 à 60 *bis*. Arm. Dalloz, v° *Jugement*, n° 223. — QUESTIONS TRAITÉES: Ne peut-il être fourni des dommages par état qu'autant que le jugement en aurait expressément prononcé la condamnation? *Q.* 544 *bis*. — La partie dont la contestation est reconnue mal fondée peut-elle être, pour ce fait seul, condamnée en des dommages-intérêts? *Q.* 544 *ter*.]

[[XCI *bis*. Ainsi, les juges peuvent apprécier à l'instant le montant des dommages-intérêts qu'ils déclarent être dus; ils ne sont pas tenus d'ordonner d'instruction sur ce point · Bordeaux, 28 janvier 1821; Rennes, 22 avril 1812 (*J. Av.*, t. 10, p. 631); Cass., 3 mai 1827 (*S.*, 27-1-435), et 25 juillet 1838 (*J. P.*, t. 2 de 1838, p. 483), et Bruxelles, 29 juillet 1835 (*Journ.* de cette Cour, t. 2 de 1835, p. 406); mais, s'ils ne se croient pas en mesure d'apprécier à l'instant les dommages, ils doivent suivre, pour y parvenir, la voie tracée par la loi, c'est-à-dire ordonner qu'ils seront fournis par état. Ils ne pourraient, avant d'avoir

(1) Si elle peut être faite sur-le-champ.

(2) Si le tribunal n'est pas suffisamment pour faire cette liquidation *sans retard*, c'est-à-dire sans quelques vérifications ou débats ultérieurs

inutilement tenté ce moyen, déférer le serment sur la quotité des dommage (art. 1369 du Code civil). *V.* arrêt de la Cour de cassation de Bruxelles, du 29 décembre 1821 (*Journ.* de cette Cour, t. 2 de 1821, p. 20).

Sur la manière de liquider les dommages-intérêts, *V.* les art. 523 et suiv. du Code de procédure civile.]] **Supp. alph.**, v° *Dommages-intérêts*, n. 18 et 19.

[[**544** bis. *Ne peut-il être fourni de dommages par état qu'autant que le jugement en aurait expressément prononcé la condamnation?*

La Cour de Rennes a jugé, les 22 avril 1812 et 13 mars 1815 (*J. Av.*, t. 10, p. 631), que cette condamnation précise n'est pas rigoureusement nécessaire pour fonder le droit postérieur à une liquidation, et qu'il suffit qu'il résulte virtuellement des termes du jugement qu'un préjudice a été causé, et que des dommages-intérêts sont dus.]]

[[**544** ter. *La partie dont la contestation est reconnue mal fondée, peut-elle être, pour ce fait seul, condamnée à des dommages-intérêts ?*

En principe, des dommages-intérêts sont dus par celui qui cause à autrui un préjudice quelconque (art. 1382 du Code civil).

Or, on ne peut contester qu'il n'y ait, dans le soutien du procès, indépendamment des avances des frais et des dépenses qu'on ne peut répéter, une succession continuelle de démarches, de désagréments, d'anxiétés, d'inquiétudes, qui les rendent très préjudiciables aux parties mêmes qui finissent par triompher.

De là on pourrait conclure qu'une mauvaise contestation rend toujours, en droit, passible de dommages-intérêts la partie qui l'a introduite ou soutenue.

Mais il faut sainement entendre le principe de l'art. 1382 : « Tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la *faute* duquel il est arrivé à le réparer. »

On le voit, il ne suffit pas que le dommage soit occasionné par un *fait* de l'homme, pour que son auteur soit obligé à le réparer ; il faut encore que ce fait soit une *faute*, c'est-à-dire qu'il faut que ce fait soit le résultat d'un mauvais vouloir, d'une négligence ou de l'impéritie.

Pour confirmer cette observation par un exemple, supposons une personne qui exploite, seule, dans telle ou telle contrée, un genre d'industrie lucratif. Son voisin, s'apercevant de l'avantage qu'elle y trouve, entreprend de son côté la même exploitation. Il lui occasionnera certainement un préjudice, en restreignant l'étendue de son commerce, en attirant une partie de ses clients, et en diminuant proportionnellement ses profits. Mais ce préjudice l'obligera-t-il à une réparation ? Non, sans doute, parce qu'il n'y a aucune faute de sa part, parce qu'il n'a fait qu'user du droit naturel social qui ouvre la libre concurrence à tous les hommes, parce que ce n'est pas dans l'intention de nuire à autrui, mais dans son propre intérêt qu'il a formé un nouvel établissement.

Au contraire, s'il avait employé des moyens illicites pour faire concurrence à son voisin et détruire la sienne, ces moyens de coalition qui sont réprouvés par l'art. 419 du Code pénal, il serait sujet à des dommages, parce qu'alors il y aurait de sa part faute, et même délit, contravention aux lois.

Ainsi, nous devons faire la distinction suivante : le fait qui cause un préjudice à autrui n'oblige à réparation qu'autant qu'il ne consiste pas dans l'exercice d'un droit.

Or, toutes les fois qu'un plaideur est de bonne foi dans sa prétention, c'est un droit pour lui de la soutenir. Si la loi est contre lui, qu'il succombe ; que, pour

avoir mal présumé de ses dispositions, il soit condamné aux dépens ; mais qu'aucun dommage ne lui soit imposé, car c'était un droit pour lui de réclamer ou de défendre ce qu'il croyait lui appartenir.

Mais il se peut que, bien convaincu du peu de fondement de sa cause, il ne l'intente et ne la poursuive que dans le but, vexatoire et coupable, de tourmenter, d'inquiéter son adversaire; un sentiment de haine, de jalousie, de mesquine tracasserie, peut être le mobile de son action.

Dans ce cas, il devra des dommages; car céder à ce mauvais sentiment, c'est une faute; cette faute cause un préjudice : elle soumet à une réparation.

C'est là, ce nous semble, le système consacré par le petit nombre d'arrêts que nous avons pu recueillir sur cette question, et transitoirement indiqué par M. BONCENNE, t. 2, p. 535.

Le 15 novembre 1814 (*J. Av.*, t. 35, p. 360), la Cour de Caen a prononcé des dommages-intérêts contre un débiteur qui, à chaque pas de la procédure de saisie immobilière dirigée contre lui, multipliait les incidents dans le seul but d'entraver la poursuite.

Mais, le 17 juillet 1829 (*J. Av.*, t. 39, p. 216), la Cour de Bourges a déclaré que l'appelant, qui gagne sa cause, ne peut obtenir des dommages qu'autant que la mauvaise foi et la fraude de ses adversaires sont incontestables.

De son côté, la Cour de cassation, les 23 novembre 1836 (*J. Av.*, t. 52, p. 166), et 11 janvier 1837 (*J. P.*, t. 1 de 1837, p. 497, et *J. Av.*, t. 53, p. 444), a maintenu des arrêts qui avaient imposé des dommages à la partie succombante, en se fondant sur la nature vexatoire de son action.

On voit donc que la solution de cette question se réduira, dans chaque espèce, à une appréciation de fait.

Au reste, le ministère public ne peut jamais être condamné en des dommages-intérêts, quelque préjudice qu'ait occasionné sa poursuite, Cass., 17 septembre 1825 (*J. Av.*, t. 31, p. 144). Le ministère public ne peut être soupçonné d'intentions vexatoires ; seulement, s'il s'en rend coupable, la voie de la prise à partie est ouverte contre lui.]] **Supp. alph.**, v° *Dommages-intérêts*, n. 2 et suiv.

ART. 129. Les jugements qui condamneront à une restitution de fruits, ordonneront qu'elle sera faite en nature pour la dernière année, et, pour les années précédentes, suivant les mercuriales du marché le plus voisin, eu égard aux saisons et aux prix communs de l'année; sinon, à dire d'experts, à défaut de mercuriales. Si la restitution en nature pour la dernière année est impossible, elle se fera comme pour les années précédentes.

Notre comm. du Tarif, t. 1, p. 190, n° 18.]—Ordonnance de 1667, tit. 30, art. 1er.— Ordonnance de 1539, art. 94.—Ordonnance de Henri III, de 1595 —*Infrà*, art. 526.— [Carré, *Compétence*, 2e part., liv. II, tit. 4, art. 281, *Q.* 307, éd. in-8°, t. 4, p. 327.—Locré, t. 21, p. 422, n° 76.—QUESTIONS TRAITÉES : Lorsque les fruits consistent en objets qui ne se portent pas aux marchés publics et dont la valeur n'a pas été fixée par les mercuriales, faut-il toujours recourir à la voie de l'expertise? *Q.* 545. - Si le jugement ordonnait une estimation de fruits qui ne serait pas encore parvenus à maturité, quelles seraient les bases de cette estimation? *Q.* 546. — Avant d'estimer les fruits suivant les bases indiquées par l'art. 129, n'est-il pas une opération préalable à faire? *Q.* 546 *bis*. — Quelle est l'année que l'art. 129 appelle la *dernière ? Q.* 546 *ter*.]

545. *Lorsque les fruits consistent en objets qui ne se portent pas aux marchés publics, et dont la valeur n'a pas été fixée par les mercuriales, faut-il toujours recourir à la voie de l'expertise ?*

Cela n'est pas nécessaire, dit M. DEMIAU-CROUZILHAC, p. 116, lorsqu'il s'agit de laine, de lin, de chanvre, de vin, etc. parce que le prix commun peut en

être constaté par les courtiers et agents de change qui, aux termes des articles 73 et 77 du Code de commerce, sont préposés pour constater concurremment le cours des marchandises. (*V.* les *Questions* traitées sur l'art. 526.)

[[Il est libre aux magistrats d'employer les voies d'éclaircissement qu'ils jugent le plus convenables.]] **Supp. alph.**, v° *Fruits*, n. 1.

546. *Si le jugement ordonnait une estimation de fruits qui ne seraient pas encore parvenus à maturité, quelles seraient les bases de cette estimation?*

Il faut [[évidemment]] sur ce point suivre l'usage local. En Bretagne, d'après l'art. 252 de la Coutume, les grains qui sont ensemencés et en herbe jusqu'au premier jour du mois de mai, sont prisés comme semences et labourages; passé le jour qu'ils commencent à être en tuyau, ils sont prisés pour ce qu'ils peuvent apporter de grains et de paille en août, selon ce qu'ils peuvent rendre par *journal* (48 ares 59 centiares), déduction faite des frais de semence et labourage.

[[**546** bis. *Avant d'estimer les fruits suivant les bases indiquées par l'art.* 129, *n'est-il pas une opération préalable à faire?*

Il faut d'abord en évaluer la quotité. Une procédure particulière est tracée, pour cela, par les art. 526 et suiv. de notre Code.]]

[[**546** ter. *Quelle est l'année que l'art.* 129 *appelle la* dernière?

C'est, d'après M. BOITARD, t. 1, p. 517, l'année qui précède la demande, et non pas celle qui précède la condamnation.

En effet, la loi présume que les fruits de cette dernière année sont encore dans les mains du possesseur; mais cette présomption n'ayant rien de rigoureux, on l'autorise à les restituer comme ceux des années antérieures, s'il ne peut le faire en nature.

Mais, à l'égard des fruits perçus depuis la demande, il n'y a pas simple présomption; il y a obligation, pour le possesseur, de les conserver, ou de ne s'en défaire que dans les cas d'urgence et avec l'autorisation de la justice.

Ce n'est donc pas de l'année qui a précédé le jugement, mais de celle qui a précédé la demande, que la loi a voulu parler, lorsqu'elle s'est servie de ces mots : *la dernière année.*]]

ART. 130. Toute partie qui succombera sera condamnée aux dépens.

[Notre Comm. du Tarif, t. 1, p. 193 à 204, n°s 27 à 52.] — Ordonnance de 1667, tit. 31, art. 1er, sur la contrainte par corps en matière de dépens. — C. d'inst., crim., art. 162, 171, 194, 368. — Code de proc., art. 137, 185, 192, 193, 338, 401, 403, 525, 543 et suiv., 662, 716. — [Notre Dict. gén. de Pr. v° *Dépens*, n°s 2, 4, 18 à 20, 41, 45 à 47, 50 à 52, 54, 63, 68, 69, 73, 75, 77 à 79, 83, 84, 91, 159, 160, 162, 170, 175 à 190. — Devilleneuve, *eod*, n°s 1 à 11, 17 à 32. — Arm. Dalloz, v° *Frais et Dépens* n°s 1 à 112. — QUESTIONS TRAITÉES : Les dépens peuvent-ils être prononcés contre d'autres personnes que la partie qui est aux qualités du procès et qui succombe? *Q.* 547. — A ce principe que l'on ne peut condamner aux dépens un individu qui n'est pas partie, y a-t-il, en certains cas, exception contre le mari, dans les procès qui intéressent sa femme? *Autrement*, en quel cas un mari peut-il être condamné aux dépens d'un tel procès? *Q.* 548. — La femme mariée sous le régime dotal peut-elle être poursuivie sur ses biens dotaux en paiement de dépens et à quelle époque peut avoir lieu sa poursuite? *Q.* 548 *bis*. — Le légataire universel, qui succombe en soutenant la validité du testament, doit-il être condamné aux dépens? 549. — La partie qui déclare s'en référer à justice peut-elle être condamnée aux dépens, si la partie adverse obtient gain de cause? *Q.* 550. — La partie qui gagne son procès au moyen d'un serment supplétif qui lui est déféré peut-elle obtenir ses frais de son adversaire? *Q.* 551. — Le ministère public peut-il être condamné aux dépens, lorsqu'il succombe en matière civile comme partie principale? et, s'il ne peut subir une telle condamnation, cette faveur n'est-elle pas réciproque dans l'intérêt de la partie sur laquelle il obtient gain de cause? *Q.* 552. — Les condamnations aux dépens peuvent-elles être prononcées solidairement contre plusieurs parties qui succombent? Pourraient-elles au moins être exécutées subsidiairement contre l'une d'elles en cas d'insolvabilité des autres?

Q. 553.—Un jugement interlocutoire, ou tout autre jugement qui statuerait sur une exception ou sur un incident, doit-il prononcer la condamnation aux dépens? *Q.* 554. — Si les parties avaient omis de conclure aux dépens, le juge devrait-il néanmoins la prononcer? *Q.* 555.—Mais, si le jugement avait omis de prononcer sur les dépens, la partie qui a gagné sa cause pourrait-elle contraindre son adversaire à les payer? *Q.* 556. — Les frais de contumace sont-ils à la charge du défaillant, quand bien même il obtiendrait gain de cause sur son opposition? 556 *bis*. — La condamnation aux dépens peut-elle être prononcée contre l'ascendant qui a été déclaré mal fondé dans l'opposition par lui formée au mariage de l'un de ses descendants? *Q.* 556 *ter*. — Peut-on appeler d'un jugement qui n'a prononcé qu'une condamnation de dépens? *Q.* 556 *quater*. (1)]

V. v. 644, Q. 546 *quater*, Q. 546 *quinq.*, Q. 546 *sexies*.

XCII. Il est juste que la partie dont le bon droit a été proclamé ne souffre aucun préjudice des mauvaises contestations de son adversaire. La règle consacrée par l'art. 130 est donc autant un principe d'équité qu'une disposition pénale. *Omnis litigator victus debet impensas.* (*Ex lege* 1, *Cod. de fructibus et litium expensis.*)

[[MM. BONCENNE, t. 2, p. 535 et 560, et BOITARD, t. 1, p. 520, ne lui reconnaissent que le premier de ces deux caractères.]] **Supp. alph.**, v° *Frais et dépens*, n. 1 et 2.

Supp. alph., v° *Frais et dépens*, n. 3 à 40. *Étendue de la condamnation aux dépens et pouvoirs du juge.* Q. 546 *quater*. — *Frais et émoluments d'un avoué au correctionnel.* Q. 546 *quinquies*. — *Sort des frais en cas de conflit valide.* Q. 546 *sexies*.

547. *Les depens peuvent-ils etre prononcés contre d'autres personnes que la partie qui est aux qualités du procès et qui succombe?*

Ils peuvent être prononcés contre les officiers ministériels et les administrateurs des biens d'autrui, dans les cas prévus par les art. 71, 132, 293 et 1031; mais nous examinerons, sur ce dernier article, si de telles condamnations peuvent avoir lieu sans que ces personnes aient été appelées. Dans aucun autre cas, on ne peut condamner aux dépens un individu qui n'a pas été *partie* au procès, c'est-à-dire, qui n'y aurait pas été appelé pour défendre ses intérêts personnels. Par exemple, si un juge récusé ne se déportait pas, et qu'il laissât juger la récusation, il ne devrait pas pour cela être regardé comme partie au procès, et ne pourrait être condamné aux dépens, dans le cas même où la récusation serait admise. Un arrêt de la Cour de cassation, du 12 novembre 1809, a consacré ce principe (*S.* t. 10, 1re part., p. 80, t *J. Av.*, t. 9, p. 187).

Nous remarquerons qu'il résulte des considérants de cet arrêt que, si un juge était pris à partie, et qu'il succombât sur cette action, il devrait en supporter les dépens. Cette conséquence a également été établie en principe par un autre arrêt du 7 juin 1816, rendu sur le réquisitoire de M. Merlin. (*S.*, t. 10, 1re part., p. 270; le t. 1 du Comm. inséré aux *Ann. du Not.*, p. 251 et 252, t *J. P.*, 3e édit., t. 8, p. 358).

[[Les deux décisions sont également irréprochables : dans l'espèce supposée par la première, le juge n'était point partie ; il le serait dans la se-

(1) **JURISPRUDENCE.**

[Nous pensons que :

1° Un arrêt qui décharge une partie de toutes les condamnations prononcées contre elle comprend nécessairement les dépens. Rennes, 1er avril 1814 (*S.* t. 4, 2e part., p. 231, et *J. Av.*, t. 9, p. 237);

2° Réciproquement lorsqu'une Cour d'appel prononce la condamnation aux dépens de l'une des parties, cette condamnation s'étend aux dépens de première instance comme à ceux d'appel. Limoges, 6 mars 1812; Bordeaux, 26 janvier 1827 (*J. Av.*, t. 3, p. 216, et t. 32, p. 221);

3° Il serait trop long et à peu près inutile de citer les nombreux arrêts qui ont eu à prononcer, dans telle ou telle espèce, sur l'application de l'art. 130. Nous nous contenterons de renvoyer les lecteurs qui voudraient connaître les questions de fait plutôt que de droit décidées par ces arrêts, à notre *Dictionnaire général de Procédure*, v° *Dépens*, nos 1 à 96 *bis*, 159 à 198; et encore aux arrêts rapportés dans notre *Journal des Avoués*, depuis la publication du *Dictionn. gén.*, aux t. 49, p. 430; 50, p. 98 et 278; 52, p. 25, 98 et 304; 53, p. 410; 54, p. 110, et 56, p. 29.]

conde. M. FAVARD DE LANGLADE, t. 3, p. 160, n° 15, rapporte et approuve l'arrêt de 1809, et M. THOMINE DESMAZURES, t. 1. p. 254, celui de 1810.]]

548. *A ce principe, que l'on ne peut condamner aux dépens un individu qui n'est pas partie, y a-t-il, en certains cas, exception contre le mari, dans les procès qui intéressent sa femme?*

Autrement : *En quel cas un mari peut-il être condamné aux dépens d'un tel procès?*

M. PIGEAU, liv. 2. part. 3, tit. 5, ch. 5, art. 1, n° 3, *in fine*, dit, mais sans faire connaître les motifs de son opinion, que, si le mari a plaidé pour les intérêts de sa femme, soit seul, soit conjointement avec elle, ou l'a autorisée à plaider, et que la prétention de la femme soit rejetée, tous les deux doivent être condamnés aux dépens.

Nous ne doutons pas aussi que le mari qui plaide seul dans l'intérêt de sa femme, ou qui plaide avec elle au fond, ne doive être condamné aux dépens de même que son épouse : tous les deux se trouvent aux qualités, et la condamnation aux dépens est une suite nécessaire de l'art. 130.

Mais si le mari n'a été appelé au procès que pour autoriser sa femme, s'il se borne à y assister seulement, sans plaider au fond, sans prendre de conclusions directes dans l'intérêt de celle-ci; si, enfin, il s'est borné, sans comparaître lui-même, à l'autoriser à ester en justice, la question nous paraît moins facile à résoudre.

Nous l'examinons dans ces différents cas.

Supposons donc que le mari n'ait été appelé que pour autoriser sa femme, et n'assiste au procès qu'à cet effet, sans plaider pour elle au fond.

Un arrêt de la Cour de cassation, du 24 vendémiaire an 7, section civile (*S.*, t. 1, 1re part. p. 170, et *J. Av.*, t. 5, p. 11), a décidé, par application de l'art. 1er du tit. 31 de l'ordonnance de 1667 qui renfermait une disposition semblable à celle de l'art. 130 du Code de procédure, « que cette disposition « qui assujettissait aux dépens toute partie qui succombe, ne pouvait être « appliquée qu'aux personnes qui sont véritablement parties, et nullement « à un mari uniquement appelé pour autoriser sa femme. »

Il faut remarquer que la Cour ajoute ces mots : *Surtout lorsque, comme dans l'espèce, il s'agit de biens paraphernaux, à l'égard desquels la femme est indépendante du mari.* (*V.* SIREY, t. 1, p. 170.)

Faut-il conclure de cet arrêt que la Cour de cassation ait entendu prononcer généralement, et sans distinction de l'objet de l'action, que le mari ne doit point être considéré comme partie, ni conséquemment subir une condamnation aux dépens, lorsqu'il n'est aux qualités que pour autoriser sa femme?

Nous pensons qu'on ne peut se refuser à admettre cette conséquence. Ainsi, le mari ne serait condamnable aux dépens qu'autant qu'il aurait été mis en cause, ou qu'il s'y serait mis lui-même, non-seulement pour autoriser sa femme, mais encore pour y plaider comme accessoirement intéressé; par exemple, s'il s'agissait non d'un bien paraphernal, mais d'un bien dotal dont les levées et les revenus tombent dans la communauté. (*V. Praticien*, t. 1, p. 402).

Supposons maintenant que le mari se soit borné à autoriser sa femme à ester en justice, et qu'il ne comparaisse point lui-même, on peut encore moins dire qu'il soit partie au procès.

Donc, d'après l'art. 130, on ne doit point prononcer contre lui une condamnation aux dépens (1).

---

(1) Vainement, selon nous, opposerait-on l'art. **1426** du Code civil, qui porte que les actes faits par la femme [sans le consentement du mari, et même avec l'autorisation

[[La restriction apportée par la Cour de cassation à sa décision du 24 vendémiaire an VII fait voir que cette Cour aurait bien pu juger différemment

---

de la justice] n'engagent point la communauté, et en conclurait-on, *à contrario*, que, la demande ou la défense de la femme, dont les conclusions sont rejetées, étant un acte fait du consentement du mari, celui-ci peut être condamné aux dépens.

Nous répondons que la communauté ne peut être engagée pour des actes faits par la femme, du consentement du mari, qu'autant qu'ils auraient un objet dont la communauté pourrait profiter d'une manière quelconque; qu'au surplus, en supposant que *tous actes* faits par la femme, du consentement du mari, obligeassent la communauté, il n'en résulterait pas que le mari, qui n'a pas été partie au procès, pût être condamné aux dépens contre la disposition de l'art. 130. On pourrait en conclure seulement, comme M. Proudon, dans son *Cours de droit*, t. 1, p. 273, et M. Toullier dans son *Traité du droit civil*, t. 2, p. 20, nº 658, que les condamnations prononcées contre la femme pourraient être exécutées sur les biens de la communauté.

Mais comment admettre que l'on puisse exécuter sur ces biens des condamnations qui n'ont pas été portées contre le mari même?

Nous préviendrons une autre objection, c'est celle-ci : *Le mari autorisera sa femme à plaider, soit en demandant, soit en défendant; il n'assistera point au procès, et se soustraira aux dépens par cet artifice.*

La réponse nous paraît facile.

Distinguons, avant tout, entre l'objet de la demande ou de la défense :

S'agit-il d'un bien paraphernal de la femme? L'autorisation du mari n'est qu'une formalité que la loi exige comme un hommage à la puissance maritale : elle est autre chose si l'on veut : c'est une approbation donnée par celui sous la dépendance et la direction duquel la loi place la femme mariée.

Sous le premier rapport, nulle raison pour condamner le mari aux dépens.

Sous le second, il doit être assimilé, soit au conseil de famille, qui bien certainement n'est point responsable des dépens pour avoir autorisé le tuteur à plaider, soit au curateur du mineur émancipé, qui n'en répond pas davantage pour avoir assisté celui-ci dans un procès.

L'action aurait-elle, au contraire, un droit mobilier pour objet, ou un bien dotal dont les revenus tombent dans la communauté? Ou la femme, en vertu de son autorisation, procédera en privé nom et comme procuratrice de son mari, et alors il sera partie au procès, et par conséquent sujet à être condamné aux dépens conjointement avec elle; ou elle ne procédera qu'en privé nom, et en ce cas le mari ne pourra subir cette condamnation. La partie adverse aura à s'imputer la faute de n'avoir pas fait déclarer la femme non recevable dans une action sur laquelle elle ne peut procéder seule, puisqu'elle n'est pas seule intéressée, ou de n'avoir pas mis son mari en cause.

C'est en partie sur ces principes que repose l'arrêt du 10 floréal an XIII (*J. Av.*, t. 5, p. 11), par lequel la Cour de Montpellier a décidé que, lorsqu'une femme *autorisée* perd son procès, le mari ne peut être condamné aux dépens. Elle a considéré surtout que l'autorisation du mari ne l'oblige point envers les tiers; et de cette remarque que fit Tronchet, lors de la discussion des art. 218 et 219 du Code civil, et qui détermina à les adopter, elle a conclu avec raison que, dans l'esprit du législateur, l'autorisation du mari ne le rendait point responsable, *même pour les dépens*, des condamnations prononcées contre la femme qu'il aurait autorisée.

La Cour d'appel de Besançon a cependant jugé, par arrêt du 28 avril 1806 (V. *Jurisp. du Code civil*, t. 7, p. 31, et *J. Av.*, t. 5, p. 26), que le mari est non-seulement responsable des dépens, lorsqu'il a autorisé sa femme à plaider, mais même lorsqu'il a refusé son autorisation sans en déduire les motifs.

On regrette, d'un côté, que les arrêtistes n'aient pu faire connaître les détails de l'espèce; et de l'autre, que cette Cour se soit bornée, dans ses considérants, à énoncer comme un principe ce qui était en question. Ne nous arrêtons point à cet arrêt, mais examinons une autre question qu'il fait naître, celle de savoir s'il est possible de déclarer responsable des dépens le mari qui a refusé d'autoriser sa femme, en sorte qu'elle procède sous autorité de justice.

Les éditeurs de la *Jurisprudence du Code civil* se prononcent affirmativement, après avoir cité un passage de l'ouvrage de M. Proudhon, qu'ils disent, par erreur, se trouver à la p. 283 du premier volume, mais que nous y avons inutilement cherché.

M. Proudhon se serait exprimé ainsi sur notre question : « Lorsque le procès a pour « objet les propriétés dotales de la femme, « et qu'en connaissance de cause elle a été « autorisée d'office par le juge, on doit dé« cider que les condamnations aux dépens « et dommages qui peuvent intervenir sont « des dettes de la communauté, parce que le

s'il se fût agi, dans la contestation, de biens sur lesquels le mari aurait eu quelque droit, par exemple les biens de la communauté ou les biens dotaux.

« mari est obligé de protéger les droits de « son épouse ; qu'il ne peut arbitrairement « lui refuser son autorisation ; que les juges « qui suppléent à son refus ne font que rem- « plir son devoir en l'associant au procès ; « qu'enfin, le mari ayant le domaine civil « sur les biens de cette nature, c'est en partie « pour lui que la contestation est agitée, et « qu'il est par conséquent juste qu'il parti- « cipe à la charge des dépens faits pour la « défense de ses droits. »

C'est cette doctrine, fondée en principe et en équité, disent les éditeurs de la *Jurisprudence du Code civil*, qui a été sanctionnée par la Cour de Montpellier.

Mais examinons ce qui se pratiquait le plus généralement avant la publication de nos nouveaux Codes :

On lit au *Nouv. Répert.*, au mot *Dépens*, t. 3, p. 538, mais ce passage est tiré de l'ancienne édition, « Que les condamnations aux dépens, obtenues contre une femme en puissance de mari, soit pour son délit personnel, soit en *matière civile*, relativement à une contestation qu'elle a soutenue comme autorisée par justice au refus de son mari, ne peuvent être prises, du vivant de son mari, sur les biens de la communautés, ni même sur les propres de la femme, attendu que le mari a droit d'en jouir pour soutenir les charges du ménage. »

Ici M. Merlin renvoie aux mots *Autorisation maritale* et *Communaute*. Au mot *Communauté*, on trouve cette proposition prouvée pour les matières criminelles (t. 2, p. 568, n° 7); au mot *Autorisation maritale*, on lit (t. 1, p. 471, *in fine*), « que si le mari « a autorisé sa femme à procéder, il est res- « ponsable des suites de la condamnation « intervenue contre elle ; il faut qu'il prenne « sur lui ou sur la communauté les objets de « cette condamnation, parce qu'au moyen « de son autorisation, il est censé avoir « approuvé sa femme dans le fait qui a donné « lieu à la condamnation. Cependant, ajoute- « t-on, dans les pays ou il n'y a point de « communauté, la partie qui a obtenu la « condamnation ne peut l'exercer contre le « mari que pour les dépens, sauf, après le « mariage, à l'exercer sur les biens dotaux.

« Mais lorsque le mari n'a point autorisé « sa femme, l'autorisation qu'elle a pu obte- « nir de la justice ne saurait lui nuire (au « mari). Telle est du moins l'opinion com- « mune. »

Ici l'on fait observer que Loiseau combat cette opinion quant aux dépens, et que son avis avait été adopté en Normandie (*V.* BASCAGE, sur l'art. 544 de la Coutume), par le motif que, le mari jouissant des biens de sa femme, et à cause de sa puissance maritale en étant le seigneur, il est nécessaire qu'il paie les dettes des biens auxquels sa femme succède, et dont il perçoit les fruits.

Remarquons maintenant que M. Merlin, à la suite de cet exposé des opinions différentes auxquelles la question proposée avait donné naissance, se borne à placer, 1° la disposition de l'art. 1426 déjà cité du Code civil, qui porte que les actes faits par la femme, sans le consentement du mari, et même *avec l'autorisation de justice*, n'engagent pas les biens de la communauté; 2° celle de l'art. 1427, qui en excepte les engagements que la femme a contractés avec l'autorisation de la justice, *soit pour tirer son mari de prison, soit pour l'établissement de ses enfants*, en cas d'absence du mari. Il nous paraît résulter de là que M. Merlin pense que la communauté ne peut être assujettie aux dépens, quand le mari a refusé son autorisation, et à plus forte raison doit-on le décider ainsi, lorsqu'on rapproche la disposition de l'art. 1426 du Code civil, de celle de l'art. 130 du Code de procédure.

En Bretagne, nous suivions des règles de jurisprudence qui, en partie, nous paraissent s'accommoder parfaitement avec les dispositions de nos lois actuelles. Il serait trop long de rapporter toutes les raisons sur lesquelles ces règles étaient fondées; elles sont développées au t. 5 des *Principes de Duparc*, n° 146, p. 108.

Nous nous bornerons à dire que, d'après ces règles, combinées avec les dispositions des articles ci-dessus cités du Code civil et du Code de procédure, le mari ne peut être assujetti aux dépens qu'autant qu'il a été mis en cause tant en privé nom que pour autoriser sa femme, et qu'il a refusé cette autorisation relativement à une prétention mobilière qui tombe dans la communauté.

Remarquons, en finissant, que la femme doit être condamnée seule, et sur ses biens paraphernaux, au paiement des frais faits dans une instance en séparation de corps, lorsqu'elle a succombé; c'est la juste décision rendue par la Cour de cassation, le 8 mai 1821. (V. *S.*, t. 22, 1re part., p. 263, et *J. Av.*, t. 23, p. 164.)

[*V.*, sur les objets traités dans cette note, nos observations au texte.]

Et cette distinction, qui nous paraît juste, sert à repousser l'opinion trop générale de M. Carré, et l'un des motifs dont l'a corroborée la Cour de Montpellier, dans son arrêt cité à la note. Cette Cour compare en effet l'autorisation pour plaider, donnée par un mari à sa femme, à celle qu'un conseil de famille ou de préfecture est appelé à donner, pour le même objet, soit à un mineur, soit à une commune, assimilation qui, comme le fait observer M. BONCENNE, t. 2, p. 551, n'est pas exacte. Car le conseil de famille et le conseil de préfecture donnent leur avis sur une cause à laquelle ils n'ont aucun intérêt personnel, circonstance qui peut tout au plus être commune au mari lorsqu'il s'agit des biens paraphernaux de sa femme, mais qui ne l'est point certainement lorsque le procès intéresse ceux de la communauté, ou de la dot. Dans ce dernier cas, il a un intérêt personnel à la contestation; car ces sortes de biens tombent dans sa jouissance légale. Si donc, le procès auquel il a donné son consentement, venant à réussir, le mari doit en profiter, comment pourrait-il légitimement se soustraire aux chances de perte? N'est-il pas, en réalité, partie dans l'instance, aussi bien que s'il y soutenait une cause à lui purement personnelle.

Le second motif de la Cour de Montpellier consiste à dire que, lors de la discussion des art. 218 et 219 du Code civil, M. Tronchet fit observer que, par l'autorisation, le mari ne s'obligeait pas envers le tiers. Mais il s'agissait évidemment, dans la pensée de ce jurisconsulte, de l'autorisation donnée pour contracter, et il voulait dire que les obligations auxquelles se soumettait la femme autorisée n'étaient pas exécutoires contre le mari, ce que nous n'avons garde de contester. Mais cette observation n'a aucune portée relativement à la question qui nous occupe, puisque ce n'est pas du fait de l'autorisation, mais de sa qualité de partie dans l'instance, que dérive, pour le mari, l'obligation de payer les dépens.

Cette doctrine nous paraît encore implicitement consacrée par un arrêt de la Cour de cassation, du 21 février 1832 (*J. Av.*, t. 44, p. 165), qui a jugé que le mari, qui s'est associé à une demande en revendication intentée par sa femme separée de biens, peut être condamné aux dépens avec celle-ci, si son adversaire a conclu contre lui à cet égard, et si ce dernier n'a excipé ni de son défaut d'intérêt au procès, ni de ce que sa femme n'était pas commune en biens avec lui. Il faut convenir, néanmoins, que cet arrêt n'est à proprement parler qu'un arrêt d'espèce; mais il n'est pas impossible d'en tirer de très favorables conséquences pour notre opinion.

La même distinction est, au reste, adoptée par ROUSSILLE, *Traité de la Dot*, t. 1, p. 435, n° 423; ROUSSEAU DE LA COMBE, v° *Dot*, sect. 3, et par MM. MERLIN, *Répert.*, v° *Autorisation maritale*, sect. 7 *bis*, n° 2; FAVARD DE LANGLADE, t. 3, p. 160, n° 15; DALLOZ, t. 9, p. 653, n° 1; PROUDHON, t. 4, n° 1780, et TOULLIER, t. 2, p. 31.

Il faut donc conclure que l'autorisation donnée par le mari pour plaider le soumettra au paiement des dépens, s'il s'agit de biens dépendant de la communauté ou de biens dotaux; mais qu'il n'en sera pas de même si la contestation regarde les biens paraphernaux de la femme (1), ou même les biens dotaux, quand elle est séparée de biens.

Mais s'il a refusé son autorisation, les dépens ne peuvent jamais l'atteindre car alors il ne peut être considéré comme partie, encore même qu'il n'ait point déduit les motifs de son refus. C'est ce qui résulte aussi de la doctrine

---

(1) [Un arrêt de la Cour de Nîmes, du 20 brumaire an XIII (*J. Av.*, t. 9, p. 141), repousse néanmoins cette distinction.]

de tous les auteurs précités, et ce qu'a décidé la Cour de Bruxelles, le 23 mars 1833 (*J. Av.*, t. 46, p. 94), dans une espèce où le mari, assigné à comparaître pour autoriser sa femme, s'était borné à faire défaut. Cet arrêt est, comme on le voit, en opposition directe avec celui de la Cour de Besançon, que M. Carré cite et combat dans sa note.

Enfin, il nous paraît hors de doute que les frais exposés par la femme pour une demande en séparation de corps, ne peuvent être à la charge de la communauté. C'est ainsi que l'ont décidé, avec l'arrêt de la Cour de cassation, cité par M. Carré, à la note, ceux des Cours de Paris, 7 février 1806, Limoges, 28 avril 1812 (*J. Av.*, t. 9, p. 153), Paris, 8 novembre 1827 (*J. Av.*, t. 35, p. 7), contrairement aux décisions de la même Cour de Paris, du 11 mai 1815 (*J. Av.*, t. 9, p. 153), et de celle de Bruxelles, 5 juillet 1809 (*J. Av.* t. 11, p. 71).

Il est peu de cas où les intérêts de deux parties soient plus opposés que dans une instance en séparation de corps; aussi, nous paraîtrait-il souverainement injuste de faire supporter à la communauté, c'est-à-dire au mari, qui en est le maître, des frais aussi manifestement faits contre lui, que ceux d'une demande en séparation mal fondée.]] **Supp. alph.**, v° *Frais et dépens*, n. 42 et suiv.

[[**548** bis. *La femme mariée sous le régime dotal peut-elle etre poursuivie en payement de dépens, sur ses biens dotaux; et à quelle époque peut avoir lieu la poursuite?*

Cette question, qui est régie par les principes du droit civil, et sur laquelle nous ne dirons que quelques mots, a été traitée, avec talent, et de la manière la plus complète, par M. Numa Baragnon, avocat à Nîmes, dans une dissertation que M. TAJAN a insérée, t. 20, p. 5, de son Recueil.

La Cour de cassation paraît vouloir persister à dénier toute action sur les biens dotaux pour les dépens. Elle l'avait jugé, le 3 janvier 1815, elle l'a décidé de nouveau le 28 février 1834 (*J. Av.*, t. 46, p. 281).

La Cour de Toulouse a hésité; car on trouve deux arrêts contradictoires de cette même Cour, 28 août 1828, et 20 mars 1833 (*J. Av.*, t. 39, p. 165, et t. 45, p. 409).

L'arrêt confirmé en 1834, par la Cour de cassation, était de la Cour d'Agen (26 janvier 1833), qui, le 11 mai de la même année, avait persisté dans sa jurisprudence (*J. Av.*, t. 45, p. 411 et 735).

On peut invoquer, dans l'opinion contraire, deux arrêts, l'un de la Cour de Nîmes, du 20 brumaire an XIII, et l'autre de la Cour de Bordeaux, du 12 février 1830 (*J. Av.*, t. 9, p. 141, et t. 39, p. 219), rendus, à la vérité, en conformité des anciens principes.

Enfin, le 24 août 1836, la Cour de Nîmes a maintenu sa doctrine de l'an XIII (*J. Av.*, t. 52, p. 98).

La doctrine des anciens et des nouveaux auteurs est conforme à ce dernier arrêt. Dans sa dissertation, M. Baragnon expose les principes de ces jurisconsultes. Cet honorable avocat établit une distinction que nous admettons sans hésiter.

Les dépens, résultat d'un procès soutenu par la femme, soit comme demanderesse, soit comme défenderesse, sont, vis-à-vis de cette femme, une créance légitime qui frappe tous ses biens dotaux ou paraphernaux.

Mais si le mari n'a pas autorisé sa femme à plaider, l'exécution de la sentence ne pourra avoir lieu qu'après la dissolution du mariage.]] **Supp.**, p. 145.

549. *Le légataire universel qui succombe en soutenant la validité du testament, doit-il être condamné aux dépens?*

La Cour d'appel de Nancy a jugé négativement cette question, attendu qu'il

est plus juste que ce soit la succession du testateur qui supporte les dépens, puisque c'est la rédaction vicieuse des dernières volontés de celui-ci qui a donné lieu à la contestation. (*V.* arrêt du 15 fructidor an XIII; *Jurispr. du Cod. civ.*, t. 5, p. 129.) Nous ne pensons pas que ce motif soit suffisant pour faire exception à la disposition de l'art. 130. Le légataire universel devait, avant de se déterminer à soutenir la validité du testament, en peser les termes et acquiescer à la demande en nullité, si véritablement la rédaction vicieuse de l'acte présentait une contravention à la loi. C'est son erreur sur ses prétentions qui occasionne les frais qui sont faits par lui et par les héritiers. Il est jugé que ceux-ci sont fondés en leur demande; il succombe : il doit donc payer les dépens, qui sont la peine du plaideur téméraire.

[[Ou plutôt il doit les payer parce qu'ils sont, pour l'héritier, la juste indemnité des frais que lui a occasionnés la résistance mal fondée du légataire.

Aussi la Cour de cassation a-t-elle, par son arrêt du 4 février 1829 (*J. Av.*, t. 36, p. 259), déclaré passible des frais le légataire qui soulève de mauvaises contestations, alors même qu'il s'agit de la demande en délivrance du legs, qui, de sa nature, néanmoins, doit être acquitté par la succession, Bordeaux, 9 mars 1830 (*J. Av.*, t. 40, p. 21), pourvu qu'il n'en résulte pas une réduction de la réserve légale : et cette condition n'est pas même nécessaire lorsque les héritiers légitimaires ont mal à propos résisté à la demande; Metz, 11 février 1820 (*J. Av.*, t. 9, p. 285).]]

550. *La partie qui déclare s'en référer à la justice, peut-elle être condamnée aux dépens, si la partie adverse obtient gain de cause?*

Oui; lorsqu'une personne assignée s'en rapporte à la justice, dit JOUSSE, sur l'art. 1er du tit. 31 de l'ordonnance, elle n'en doit pas moins les dépens si l'action procède contre elle; car elle doit, si elle est débitrice, faire des offres sur la demande qui lui est formée.

Cette opinion a été formellement consacrée par arrêt de la Cour de cassation du 12 juillet 1810. (V. *Comm.* inséré aux *Annales du Notariat*, t. 1, p. 250, et *J. Av.*, t. 9, p. 196.)

[[Cette solution nous paraît hors de doute, comme à MM. DELAPORTE, t. 1, p. 138; FAVARD DE LANGLADE, t. 3, p. 160, n° 13, et DALLOZ, t. 9, p. 655, n° 5. La partie qui s'en est rapportée à justice aurait pu et dû éviter les frais en acquiesçant à la demande qui lui paraissait fondée; il faut même remarquer que, comme le décident MM. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 309, et DALLOZ, t. 9, p. 655, n° 7, l'acquiescement ne l'aurait pas mise à l'abri des frais antérieurement exposés, parce qu'on suppose toujours qu'une procédure judiciaire est occasionnée par le refus du défendeur d'acquiescer à l'amiable; si donc son acquiescement ne contenait pas l'offre des frais antérieurs, il pourrait être condamné à la totalité comme s'il n'eût pas acquiescé; Metz, 9 décembre 1819 (*J. Av.*, t. 9, p. 283).

A plus forte raison faudra-t-il décider, avec l'arrêt de la Cour de cassation du 24 décembre 1834 (*J. Av.*, t. 49, p. 660), que l'intimé, qui, en appel, conclut à la confirmation du jugement, doit être condamné aux dépens s'il succombe, quoiqu'en première instance il s'en soit rapporté à justice.]] **Supp. alph.**, v° *Frais et dépens*, n. 57.

551. *La partie qui gagne son procès au moyen d'un serment supplétif qui lui est déféré, peut-elle obtenir ses frais de son adversaire?*

Rodier, sur l'article ci-dessus cité de l'ordonnance, rapporte le sentiment de Rebuffe sur cette question. Cet auteur, dit-il, tient que celui qui gagne ainsi son procès ne doit pas avoir de dépens.

Cette solution semble inconciliable avec les termes de l'art. 130; aussi n'est-elle pas suivie dans l'usage.

[[L'usage est conforme à la loi. (*V.* notre *Commentaire du Tarif*, t. 1 p. 202, n° 44.)]]

552. *Le ministère public peut-il être condamné aux depens, lorsqu'il succombe en matière civile comme partie principale? Et, s'il ne peut subir une telle condamnation, cette faveur n'est-elle pas réciproque dans l'intérêt de la partie sur laquelle il obtient gain de cause?*

C'est un principe certain que le ministère public, lorsqu'il est partie principale, soit dans un procès criminel, soit dans un procès civil, ne peut être condamné aux dépens. Ainsi, lorsqu'il succombe, la partie qu'il poursuivait paie les frais qu'elle a faits, et le trésor public acquitte ceux qui l'ont été à la requête du ministère public. (*Déc.* du 18 juin 1811, art. 117, 118, 119, 120, 121 et 122.) (1)

---

(1) Quelques auteurs ont pensé qu'il y avait réciprocité dans l'intérêt de la partie qui succombait sur les poursuites du ministère public. Ainsi Rebuffe, cité par Rodier sur l'art. 1er du tit. 31 de l'ordonnance, disait que les procureurs du roi, lorsqu'ils étaient seuls parties, ne devaient pas obtenir de dépens. Bornier était du même avis, « et la « raison de la réciprocité semble l'autoriser, « disait Rodier. C'est sur ce motif, ajoutait-« il, qu'était fondé un arrêt du 29 novembre « 1659, rapporté au t. 2 du *Journal des Au-« diences*, liv. 21, chap. 44; mais peut-on « dire que les choses soient bien égales »?

Nous répondrons que le ministère public agissant en matière civile dans l'intérêt de la loi et pour son exécution, les mêmes motifs d'après lesquels un prévenu acquitté ne peut obtenir ses dépens contre le magistrat qui l'a poursuivi, s'appliquent aux actions civiles qu'il intente, et tel est aussi l'usage: mais il faut que le ministère public n'agisse véritablement que comme partie principale et pour l'exécution de la loi. Tels sont les cas indiqués aux articles ci-dessus cités du décret du 18 juin 1811, auxquels nous ajoutons ceux des art. 114 et 184 du Code civil.

Ainsi, une condamnation *personnelle* aux dépens ne peut être prononcée contre le ministère public que dans le cas de prise à partie jugée par le tribunal compétent, comme nous l'avons dit à l'égard des juges, *suprà*, p. 351, à la 3e note.

Mais en serait-il de même lorsque le ministère public procédera sur une demande formée par un préfet pour raison des domaines de l'Etat, ou directement pour raison des domaines particuliers du prince, en exécution de l'art. 69 du Code de procédure, §§ 1er et 4e?

[L'art. 69, § 4, a été modifié par une loi récente, citée sous ledit article.]

En ces deux cas, disent les auteurs du Commentaire inséré aux *Annales du Notariat* (*V.* t. 1, p. 255, et M. DELAPORTE, t. 1, p. 13), il ne doit pas y avoir de dépens; car, ces magistrats ne pouvant y être condamnés s'ils succombent, il serait injuste d'y condamner leurs parties adverses.

Nous ne croyons pas cette décision à l'abri de toute controverse. En ce cas, dirait-on, le ministère public n'agit pas directement pour l'exécution de la loi; l'Etat et le prince pourraient être considérés comme des personnes privées, qui, lorsqu'elles succombent, doivent subir les condamnations voulues par la loi. Cependant le contraire était admis dans l'ancienne jurisprudence. (*V.* JOUSSE, sur l'art. 1er du tit. 31, t. 2, p. 223.)

Mais nous lisons au *Nouv. Répert.*, au mot *Dépens*, t. 3, p. 536, que les préfets, qui sont aujourd'hui chargés de la poursuite des actions relatives à la propriété des domaines de l'Etat, peuvent être, en leur qualité, condamnés aux dépens comme le seraient de simples particuliers; à plus forte raison en serait-il de même à l'égard des procureurs du roi, agissant pour les domaines particuliers de Sa Majesté.

Il importe de remarquer ici que, si l'art. 69 du Code de procédure porte que le roi est assigné pour ses domaines en la personne de ses procureurs, néanmoins l'art. 14 de la loi du 8 novembre 1814, portant que le ministre de la maison du roi, ou l'intendant par lui commis, exerce les actions judiciaires du roi, et que c'est contre lui que toutes les actions à la charge de Sa Majesté sont dirigées, il semble en résulter qu'il peut y avoir des condamnations aux dépens contre le mi-

[[Non-seulement, dans les cas dont il s'agit, le ministère public ne peut être personnellement condamné aux dépens, mais même le trésor qui paiera les frais par lui exposés ne peut être condamné à indemniser la partie gagnante de ceux qu'elle a été obligée de faire. Ce principe constant a été de nouveau appliqué, par la Cour de cassation, en matière criminelle, le 14 avril 1835 (*J. Av.*, t. 49, p. 429), et, en matière civile, le 3 juillet 1833 (*J. Av.*, t. 55, p. 542). Il est rappelé par MM. FAVARD DE LANGLADE, t. 3, p. 160, n° 14, et THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 254.

MM. BONCENNE, t. 2, p. 556, et BOITARD, t. 1, p. 521, qui reconnaissent l'existence du principe et qui enseignent aussi, comme M. Carré, qu'il n'y a point de réciprocité (art. 11 du décret), en sorte que l'art. 130 est applicable dans toute sa rigueur au particulier qui succombe contre le ministère public témoignent le désir de voir changer cette législation, et supprimer une exception au droit commun, que rien, à leurs yeux, ne justifie.

Au reste, on ne peut révoquer en doute que cette exception ne se borne au cas ou le procureur du roi agit dans l'intérêt social. S'il plaide pour le domaine de l'État et qu'il succombe, son client doit, sans difficulté, être condamné aux dépens, comme l'enseignent MM. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 308; FAVARD DE LANGLADE, t. 3, p. 160, n° 14, et BONCENNE, t. 2, 558.]] **Supp.**, p. 146.

553. *Les condamnations aux dépens peuvent-elles être prononcées solidairement contre plusieurs parties qui succombent? Pourraient-elles au moins être exécutées subsidiairemeut contre l'une d'elles, en cas d'insolvabilité des autres?*

On retrouve partout le principe général que les dépens sont personnels en matière civile, et, par suite de ce principe, la Cour de cassation a décidé, le 21 vendémiaire an XII (*S.*, t. 1, p. 87), que les parties ne peuvent être condamnées à les payer solidairement que dans les cas où la loi le permet.

Même décision de la Cour de Paris, du 13 thermidor an XIII (*S.*, t. 5, 2e part., p. 207, et *J. Av.*, t. 9, p. 132, 3e espèce).

La division entre les parties qui sont ainsi condamnées personnellement, se fait par têtes, *pro numero succumbentium*, et non pas à proportion de l'intérêt que chacune avait de contester. (*Nouveau Répertoire*, p. 537). Par exemple, la partie fondée pour un tiers dans le procès, n'en devra pas moins la moitié vis-à-vis de l'intéressé pour les deux autres tiers, lequel ne paiera néanmoins que l'autre moitié à la partie qui obtient gain de cause.

Mais une exception à ce principe de la non-solidarité des dépens avait été prononcée, depuis la publication du Code de procédure, par un arrêt de la Cour de Rouen, du 17 mars 1808. (*S.*, t. 8, p. 337, et *J. Av.*, t. 9, p. 167.)

---

nistre ou intendant, puisque ce serait lui et non le ministère public qui serait en nom au procès.

[*V.* à l'égard des actions qui concernent soit le domaine privé du roi, soit la dotation de la couronne, notre *Quest.* 370 *septies*. Des principes qui y sont exposés, il résulte évidemment que l'officier qui exerce ces actions peut, en sa qualité, être condamné aux dépens.]

Quant aux receveurs, ou régisseurs, ou administrateurs, soit de la régie des droits réunis, soit des douanes, soit enfin d'une autre partie quelconque des revenus de l'État, il n'est pas douteux qu'on ne doive suivre à leur égard la règle tracée par l'article 130; mais les administrateurs de l'enregistrement et des domaines ne peuvent, lors même qu'il succombent après une instruction contradictoire, être condamnés qu'aux frais du papier timbré, des significations et des droits d'enregistrement des jugements. (V. *Nouveau Répertoire*, *ibidem*.)

[Aux termes des lois des 19 décembre 1790, art. 25, et 22 frim. an VII, art. 65. *V.* sur les objets traités dans cette note, nos observations au texte.]

Cette Cour avait jugé que, toutes les fois que des héritiers succombaient, après avoir formé collectivement une demande, ou défendu aussi collectivement à une action intentée contre eux, il y avait, par la nature même de la chose, solidarité entre eux pour le paiement des dépens.

La Cour de Rouen considérait, en outre, que, la procédure ayant été constamment commune, indivise et collective, les dépens n'avaient pas été plus considérables que s'il n'y eût eu qu'un seul héritier; que d'ailleurs la solidarité engendre moins de frais qu'il n'y en aurait, s'il fallait multiplier les taxes contre chacun des héritiers séparément, et signifier à chacun d'eux, à domicile, le jugement et l'exécutoire des dépens, qui, dans l'espèce, forment une dette commune.

ROUSSEAU DE LACOMBE, dans son *Recueil de Jurisprudence*, v° *Dépens*, p. 157, disait aussi qu'ils étaient dus quand ceux qui étaient condamnés étaient, *ab initio*, obligés solidairement, ou tenus *de re individuâ*, comme le sont des associés, l'action *pro socio* étant solidaire.

Nous remarquons, sur ces décisions, que, par arrêt du 15 mai 1811 (*S.*, t. 11, 1re part., p. 257, et *J. Av.* t. 21, p. 399, la Cour de cassation a rejété le système d'après lequel elles ont été rendues.

En effet, nous avons dit que les dépens étaient personnels; d'un autre côté, l'art. 1202 du Code civil décide formellement qu'il n'y a de solidarité que dans les cas où elle est exprimée par la loi. (*Prat.*, t. 1, p. 400.)

Or aucune loi ne porte que des héritiers ou des associés soient solidairement condamnables aux dépens, et ne fait, par conséquent, exception au principe qu'ils sont personnels.

Si les dépens ne peuvent être prononcés solidairement, il nous semble qu'ils ne pourraient être exigés subsidiairement d'aucun des individus personnellement condamnés, puisque ce serait, en dernier résultat, suppléer une sorte de solidarité (Cassat., 20 juill. 1815, *S.*, t. 15, 1re part., p. 249, et *J. Av.* t. 9, p. 134, 6e esp.; Rennes, 12 juill. 1813) (1).

[[La solidarité ne peut résulter que de la loi ou des conventions des parties. De ce principe incontestable il suit qu'en règle générale, en principe, les dépens ne peuvent être adjugés solidairement contre toutes les parties qui succombent.

Ainsi l'ont jugé les Cours de cassation, les 21 messidor an IV (*J. Av.*, t. 9, p. 130), 28 mars 1820 (*J. Av.*, t. 9, p. 285), 17 janvier 1832 (DALLOZ, 1832.1.79); de Paris, 13 floréal an XII (*J. Av.*, t. 9, p. 131, 2e esp.); de Rouen, 14 juillet 1827 (*J. Av.*, t. 34, p. 26); d'Agen, 18 février 1824 (*J. Av.*, t. 27, p. 84), et de Colmar, 1r août 1829, (*J. Av.*, t. 38, p. 353); et c'est l'avis unanime de MM. MERLIN, *Rép.*, v°, *Dépens*, t. 3, p. 552 et 554; PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 308; FAVARD DE

---

(1) A la question ci-dessus traitée se rattachent, 1° un arrêt de Metz, du 29 mai 1818 (*S.*, t. 19, 2e part., p. 110, et *J. Av.*, t. 9, p. 268). Il décide que le saisi et le tiers saisi ayant été assignés en validité, et nulle contestation ne s'étant élevée que de la part du tiers saisi sur la déclaration, celui-ci, s'il succombe, ne doit pas néanmoins supporter tous les frais de l'instance, mais seulement ceux relatifs à la contestation qu'il a élevée.

En effet, le tiers saisi doit sortir *indemne* de l'instance, et ne peut, en aucun cas, être condamné à des frais autres que ceux auxquels donnerait lieu toute mauvaise contestation qu'il élèverait personnellement :

2° Un autre arrêt de la même Cour du 13 août 1819 (*S.*, t. 20, 2e part., p. 93). Il décide que l'appelé en garantie, qui a conclu principalement à être mis hors de cause, sur la demande en garantie, et qui subsidiairement a conclu au fond, comme le garanti, peut, si le garanti succombe au fond, être condamné aux dépens pour sa part, bien que lui, appelé en garantie, ait été renvoyé de la demande en garantie.

LANGLADE, t. 3, p. 159, n° 12; DALLOZ, t. 9, p. 666, n° 1; THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 253; BONCENNE, t. 2, p. 541, et BOITARD, t. 1, p. 522 (1).

Mais deux exceptions au moins doivent être apportées à cette règle.

La première est relative au cas où les dépens sont adjugés à titre de dommages-intérêts. Elle est indiquée par M. BONCENNE, t. 2, p. 545, et consacrée par les arrêts de la Cour de cassation des 6 juin 1811, 6 sept. 1813,) *J. Av.*, t. 9, p. 132, 4e et 5e esp.), 17 janv. 1832 (DALLOZ, 1832.1.79), et 22 avril 1835 (*J. Av.*, t. 48, p. 344).

La seconde s'applique aux dépens prononcés comme accessoires d'une condamnation solidaire au fond. MM. FAVARD DE LANGLADE, t. 3, p. 139, n° 12; DALLOZ, t. 9, p. 666, n° 3, et THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 253, l'admettent sans difficulté; les arrêts de la Cour de cassation des 20 juillet 1815, et 1er déc. 1819 (*J. Av.*, t. 9, p. 134, 6e et 7e esp.), et de la Cour de Colmar, 27 mai 1833 (*J. Av.*, t. 46, p. 95), la supposent, et celui de la Cour suprême, du 11 janvier 1825 (*J. Av.*, t. 29, p. 71), la consacre formellement.

Cependant, MM. BONCENNE, t. 2, p. 542 et suiv.; BOITARD, t. 1, p. 523, et BERRIAT ST-PRIX, p. 158, *Observ.* 1, repoussent cette exception, et décident que la solidarité ne peut avoir lieu, en matière de dépens, même pour les contestations relatives à des obligations solidaires.

La raison qu'ils en donnent, c'est que la créance des dépens n'est pas une suite, un accessoire de la créance principale, qu'elle est plutôt une créance distincte, à laquelle, par conséquent, ne doit pas s'étendre la stipulation de solidarité convenue pour la créance originaire.

Sans doute, les dépens ne sont pas l'accessoire du principal, en ce sens qu'ils soient dus *ipso jure*, sans que la condamnation en soit prononcée ou requise; sans doute aussi ils ont, pour source immédiate, la mauvaise contestation que le gagnant a été forcé de supporter, et c'est ce qui explique pourquoi la Cour de cassation, le 4 germinal an XIII (*J. Av.*, t. 9, p. 146), a déclaré que la créance des dépens ne continuait pas moins à subsister, quoique la créance principale sur laquelle portait le fond du jugement eût été depuis anéantie par la loi comme féodale, la contestation ayant toujours été mauvaise et injuste à l'époque où elle avait eu lieu, et donnant toujours droit, par conséquent, à une indemnité.

Mais, il n'en est pas moins vrai que cette nouvelle créance est née à l'occasion de la première, qu'elle est venue la grossir, pour ainsi dire, et il n'est pas juste que les avantages que le créancier s'était primitivement réservés lui soient refusés à l'égard d'une augmentation occasionnée par ses débiteurs eux-mêmes.

Les arguments donnés par M. Boncenne à l'appui de sa prétention que les dépens ne sont pas l'accessoire du principal, sont loin de nous convaincre. Ils reposent sur cette idée que la procédure dirigée contre un seul des débiteurs solidaires ne produit aucun effet contre les autres, au lieu que, si, dirigée contre tous, elle est nulle à l'égard de quelques-uns, ses effets ne sub-

---

(1) [Cependant la Cour de Liége, le 20 juin 1835 (*Journ.* de la Cour de Bruxelles, t. 2 de 1835, p. 448), a autorisé une partie gagnante à poursuivre, pour la totalité de ses frais, chacune des parties succombantes qui, ayant des intérêts distincts, avaient constitué divers avoués, et cela, sous prétexte que, si le gagnant eût au contraire succombé, il aurait payé la totalité de ses dépens à chacun de ses adversaires, qu'il était donc juste qu'il réclamât la totalité de chacun d'eux : en d'autres termes, parce qu'il aurait été obligé de payer plusieurs dettes à divers créanciers, il avait le droit, ceux-ci étant devenus débiteurs, d'exiger d'eux plusieurs fois le paiement d'une seule créance. Ce raisonnement ne peut se soutenir.]

sistent que vis-à-vis de ceux qui ont été poursuivis régulièrement. Or, nous professons la doctrine contraire, comme on peut le voir sous la *Quest.* 645.

Nous pensons donc, en définitive, que, lorsque la condamnation est solidaire pour le principal, elle doit l'être aussi pour les dépens.

Dans tous les cas, du reste, l'avoué peut réclamer solidairement de ses parties les dépens qu'il a exposés pour elles. Sa qualité de mandataire et l'art. 2002 du C. civ. lui en donnent évidemment le droit, comme le reconnaissent MM. PIGEAU, *Comm.* t. 1, p. 308; FAVARD DE LANGLADE, v° *Dépens*, p. 55, n° 5; DALLOZ, t. 9. p. 667 n° 4; BERRIAT SAINT-PRIX, p. 73, not. 22, n° 24, et les arrêts des Cours d'Orléans du 26 juillet 1827 (*J. Av.* t. 34, p. 296); de Paris du 28 déc. 1826 (*J. Av.*, t. 34, p. 64); de Liége, 2 avril 1810; de Rennes, 25 août 1812, et de la Cour de cassation, 2 août 1813 (*J. Av.*, t. 5, p. 286). La Cour de Besançon a seule jugé le contraire, le 20 nov. 1809 (*ibid.*), mais son arrêt ne peut pas faire autorité.

Quant à la question de savoir comment et suivant quelle règle les dépens, solidaires ou non vis-à-vis du gagnant, doivent se diviser entre les parties perdantes, la division par têtes, suivie dans l'usage, et indiquée ci-dessus par M. Carré, est approuvée de MM. MERLIN, *Rép.*, v° *Dépens*, § 7; FAVARD DE LANGLADE, t. 3, p. 159, n° 12; THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 253, et BONCENNE, t. 1, p. 541.

La division au marc le franc des sommes que chaque partie a à reclamer a été repoussée par la Cour de Rennes, le 7 mai 1818 (*J. Av.*, t. 9, p. 266), dans une espèce, il est vrai, où l'on voulait l'appliquer même à celle des parties qui n'avait point succombé.

Il est certain qu'aucune loi n'a statué sur cette question posée dans ses véritables termes. Nous croyons donc qu'il faut distinguer : si les frais qui ont été faits l'eussent également été par chacune des parties dans son intérêt isolé, il nous paraît juste de diviser par tête; le plus ou le moins d'intérêt devient indifférent; mais si une portion de la procédure a été faite exclusivement pour ou par l'une des parties, elle doit être aussi exclusivement à sa charge. MM. BERRIAT SAINT-PRIX, p. 158, *Observ.* 2, et DALLOZ, t. 9, p. 666, n° 2, qui approuvent cette dernière branche de la solution, se prononcent, sur la première, pour la division des dépens, proportionnellement à l'intérêt que chaque partie avait dans la contestation.

Il est certain que cette règle est même suivie, en matière de partage, et dans les contestations soutenues pour le compte d'une succession encore indivise. On est généralement d'accord, et c'est ce qui se pratique, avec l'approbation de MM. FAVARD DE LANGLADE, t. 3, p. 159, *in fine*, et BONCENNE, t. 2, p. 540, que les dépens doivent alors être supportés par la masse, en sorte qu'ils retombent sur chaque cohéritier *pro modo emolumenti*, Cass. 11 déc. 1834 (*J. Av.*, t. 48, p. 31); à moins que l'un d'eux n'ait mal à propos soulevé quelqu'incident dans lequel il ait personnellement succombé; en ce cas, les frais de cet incident sont mis à sa charge et retenus sur sa portion héréditaire.

Terminons en faisant observer que, contrairement à ce qui a lieu en matière civile, la solidarité des dépens est de règle commune en matière criminelle, d'après l'art. 55 du Code pénal, dont, entre plusieurs autres, les arrêts de la Cour de cassation des 20 juillet 1815 (*J. Av.*, t. 9, p. 130), et 7 juillet 1827 (*J. Av.* t. 34, p. 41), ont fait l'application; mais il faut, pour que cette solidarité soit prononcée, que tous les accusés soient condamnés pour le même crime ou délit : on déciderait autrement s'il s'agissait, pour chacun d'eux, de faits distincts et séparés · Cass. 1er niv. an XIII (*J Av.*, t. 9, p. 144.)]]

Supp. alph., v° *Frais et dépens*, n. 83 et suiv.

554. *Un jugement interlocutoire, ou tout autre jugement qui statuerait sur une exception ou sur un incident, doit-il prononcer la condamnation aux dépens?*

Suivant la plupart des auteurs, et tel est aussi l'usage généralement suivi, lorsque le jugement n'est qu'interlocutoire, quelque préjugé qu'il puisse établir en faveur d'une des parties, on doit réserver les dépens jusqu'à la décision du fond, quand même une des parties aurait résisté à cet interlocutoire. Le motif qu'en donne M. LEPAGE, dans ses *Questions*, p. 137, c'est que les dépens ne sont dus, d'après l'art. 130, que par la partie qui succombe. Or, un jugement interlocutoire n'a rien décidé sur le sort des parties. (*V.* aussi DEMIAU-CROUZILHAC, p. 115) (1).

[[La Cour de Colmar a jugé le 31 mai 1811 (*J. Av.*, t. 9, p. 209), que, dans le cours d'une instance en séparation de corps, au lieu de réserver les dépens jusqu'à la décision définitive, le tribunal peut en prononcer la condamnation contre le mari qui succombe sur une demande incidente en provision. La Cour de cassation a même été plus loin : la partie qui succombe sur une demande incidente en sursis *doit* être, d'après cette Cour, 7 mai 1823 (*J. Av.*, t. 25, p. 152), condamnée aux dépens de cet incident, sans

---

(1) Il paraît plus convenable, dit M. PIGEAU, t. 1, p. 516, que celui qui a résisté à un interlocutoire soit condamné aux dépens occasionnés par sa contestation. Il n'est pas juste, en effet, si l'autre partie succombe en définitive, qu'elle supporte les frais qu'elle a faits légitimement, ni ceux qui ont été faits mal à propos contre elle.

Quoi qu'il en soit, comme il est de principe qu'un interlocutoire ne lie pas les juges, comme il n'est rendu d'ailleurs que pour l'instruction de la cause, nous pensons qu'ils sont autorisés à réserver les dépens d'un interlocutoire, pour statuer à leur égard en prononçant le jugement définitif. (V. *Dictionn. de Ferrière*, au mot *Dépens*, t. 1, p. 516, 1re col.)

Mais tous les commentateurs conviennent que, s'il est interjeté appel de l'interlocutoire, les juges supérieurs doivent prononcer sur les dépens faits devant eux, parce que le sort de celui qui succombe sur un pareil appel est décidé par rapport à cet objet particulier. (*V.* les *Quest. de Lepage, ubi suprà*; le *Praticien*, t. 1, p. 393, et le t. 1, p. 251 du Commentaire des *Annales du Notariat*.)

On pense aussi généralement qu'il conviendait de ne pas réserver les dépens, ni de les joindre au fond, quand le jugement statue sur une exception, ou bien sur un incident qui n'aurait pas pour objet l'instruction de la cause ; et cela paraît juste, car ce jugement termine une contestation particulière, il fait succomber l'une ou l'autre partie relativement à cet objet : donc il doit prononcer sur les dépens qui le concernent ; l'art. 3 du tit. 31 de l'ordonnance en avait une disposition formelle. Cependant il arrive souvent que le juge, conformément à un usage établi contre la prohibition de l'ordonnance, renvoie à les adjuger en statuant sur le fond. En ce cas, du moins, il doit prononcer sur l'exception ou sur l'incident. (*V.* RODIER, sur l'art. 3 du tit. 31 de l'ordonn.)

Mais s'il y a quelques raisons qui puissent autoriser les juges à réserver ainsi les dépens d'un interlocutoire, d'une exception ou d'un incident, nous ne croyons pas au moins qu'il soit permis de joindre au fond ceux d'une demande en renvoi ou déclinatoire, parce que ces sortes d'incidents sont absolument et essentiellement indépendants du fond. (V. *Quest. de Lepage*, p. 138.)

Cependant, dit M. DEMIAU-CROUZILHAC, p. 117, on peut, dans des cas favorables, renvoyer les parties devant tel juge, avec connaisssance des dépens. Cela est même très juste, ajoute cet auteur, en matière de renvoi pour cause de parenté ou de connexité, parce que la partie qui a assigné n'est pas tenue de prévoir un pareil empêchement.

Nous croyons que cette exception à l'application rigoureuse de l'art. 130 est fondée, s'il est vraiment démontré que le demandeur ignorait les causes de l'empêchement, au moment où il a notifié son assignation.

Quant aux jugements de provision, il est évident que l'on doit se borner à y réserver de statuer sur les dépens par le jugement définitif. (*V.* JOUSSE, sur l'art. 1er du tit. 31 de l'ordonnance, et les art. 135, § 7, et 451.)

[Sur les objets traités dans cette note, voir nos observations au texte.]

que le tribunal puisse les réserver pour y statuer en même temps que sur le fond (1).

Il a été jugé qu'il doit en être de même des parties qui voient, par arrêt interlocutoire, rejeter leurs fins de non-recevoir; Rennes, 30 juillet 1817, et 18 janvier 1819 (*J. Av.*, t. 9, p. 265), et Cass., 2 août 1831 (*J. P.*, t. 3 de 1831, p. 321). Ces décisions obtiennent l'approbation de M. DALLOZ, t. 9, p. 655, n° 8.

Les auteurs admettent généralement une distinction entre les jugements rendus sur un incident, et qui jugent définitivement un point du procès, et ceux qui ne prononcent que des mesures d'instruction. A l'égard des premiers, la condamnation aux dépens peut et doit même être prononcée contre la partie qui succombe, indépendamment de l'issue définitive de la contestation; ils doivent être réservés dans les seconds. C'est ce qu'enseignent MM. PIGEAU, *Proc. civ.*, liv. II, part. 3e, tit. 5, ch. 5, art. 1, n° 1; BERRIAT SAINT-PRIX p. 157, not. 2; FAVARD DE LANGLADE, t. 3, p. 160, n° 13; DALLOZ, t. 9, p. 655 n° 9, et BONCENNE, t. 2, p. 541.

Nous sommes, avec les arrêts précités, de l'avis de ces auteurs sur la première branche de leur distinction.

Quant aux demandes en provision, elles doivent, selon nous, quoique M. Carré dise que le contraire est évident, être assimilées aux demandes en sursis ou à tout autre incident, qui est terminé par un jugement, tel, que des fins de non-recevoir résultant d'une nullité d'acte d'appel, d'un prétendu acquiescement, etc.

La difficulté devient bien plus grande, lorsqu'il s'agit d'une enquête d'une descente sur les lieux, d'une expertise ou autres cas semblables. Celui qui s'est opposé à cette mesure préparatoire ne supporte aucune condamnation, puisque l'interlocutoire ne lie pas le juge; ainsi, l'on peut dire qu'il n'*succombe pas*. Mais ne serait-ce point encore une erreur? car sa conduite donné lieu à des conclusions motivées, souvent fort coûteuses et à des frais enfin qui n'auraient pas eu lieu, s'il avait acquiescé de suite à la demande de son adversaire; et, d'ailleurs, si, pour une enquête, il a prétendu que les faits étaient inadmissibles ou non pertinents, ne *succombe-t-il pas* réellement, lorsqu'un jugement prononce l'admissibilité et la pertinence de ces mêmes faits? Quel que soit le jugement définitif de la cause, jamais le tribunal ne reviendra sur cette première décision, que l'enquête ou l'autre voie d'instruction devait être ordonnée; il pourra, à la vérité, ne pas y avoir égard mais il violerait la chose jugée si, par un second jugement, il déclarait les faits inadmissibles.

Quelques auteurs disent qu'il serait *évidemment injuste* de faire supporter les dépens à la partie qui avait raison de se refuser à une demande en provision ou à une enquête, puisqu'en définitive elle a gagné son procès, et qu'il a été décidé qu'elle ne devait aucune provision, ou que ses titres suffisaient sans le témoignage des hommes. Ces raisons peuvent paraître spécieuses mais doivent-elles céder au texte de l'art. 130, qui ne fait aucune distinction sur les diverses périodes de la procédure, surtout lorsque cette interprétation

(1) [Néanmoins, le 26 avril 1832 (*J. Av.*, t. 42, p. 361), la même Cour a jugé que la partie qui a succombé au fond peut être condamnée en tous les dépens, quoiqu'elle ait obtenu gain de cause sur une exception, l'incompétence du tribunal de première instance; cette apparente opposition entre les deux arrêts prouve de plus en plus que, malgré les expressions du premier, dont on pourrait induire le contraire, la Cour suprême reconnaît que la compensation ou la condamnation totale sont, dans tous les cas facultatives de la part des juges du fond.]

tion tend à prévenir des frais occasionnés souvent par une résistance mal entendue à une mesure tout innocente que veulent ordonner les juges pour s'éclairer.

Les mêmes auteurs ajoutent qu'en cas d'appel d'un de ces jugements sur les incidents, il *ne doit pas y avoir de doute* que les frais d'appel ne soient à la charge de celui qui succombe devant la Cour; mais pourquoi, dans ce cas, l'opposant est-il donc censé *succomber* plutôt qu'en première instance? sa résistance n'a été que prolongée; il croyait inutile, ou même dangereuse, l'instruction proposée par son adversaire; il a usé du bénéfice de la loi, il a épuisé les deux degrés de juridiction. S'il gagne, en définitive, il n'aura pas eu plus de tort qu'on ne lui en donne quand il n'y a qu'une décision des premiers juges..... La raison, disent encore ces auteurs, c'est que l'appel est une instance nouvelle, et que le sort de cet appel est décidé par rapport à cet objet particulier. Nous sommes parfaitement de l'avis qu'en appel, la partie récalcitrante doit être condamnée aux dépens; mais non par ce seul motif que l'instance d'appel serait une nouvelle instance, mais bien parce que cette partie *succombe*. On ne déclare pas son appel non recevable, mais il est mal fondé; les juges d'appel disent donc que les premiers juges ont bien jugé, et que l'appelant a *eu tort* de contester en première instance; il semblerait donc que celui qui *a tort* doit être censé avoir *succombé*, et qu'on rentrerait alors dans l'application immédiate de l'art. 130 du Code de procédure civile; cependant, nous ajouterons que la question nous paraît devoir souffrir beaucoup de difficulté, parce que la distinction adoptée par les auteurs, qui n'est, à la vérité, fondée sur aucun article de loi, et qu'ils étaient d'un article de l'ordonnance abrogé par le Code (art. 3 du tit. 3, — art. 1041), a été généralement suivie par les tribunaux.]] **Supp. alph.**, v° *Frais et dépens*, n. 103 et suiv.

555. *Si les parties avaient omis de conclure à la condamnation aux dépens, le juge devrait-il néanmoins la prononcer?*

L'art. 1er du tit. 31 de l'ordonnance portait que le juge condamnerait aux dépens *en vertu de la présente ordonnance;* et, d'après ces expressions, les commentateurs estimaient que la condamnation en devait être prononcée par la seule force de la loi, sans qu'il fût nécessaire que les parties eussent pris, à ce sujet, des conclusions formelles.

Il en doit être de même aujourd'hui. Si l'art. 130 ne contient pas les mêmes expressions que l'ordonnance, il suffit, pour se convaincre qu'il doit être appliqué de la même manière, de considérer que les dépens sont une peine que la loi prononce contre celui qui a soutenu d'injustes prétentions; que l'ordre public est conséquemment intéressé à ce que la peine soit prononcée, et qu'il ne peut résulter de l'oubli des parties que la disposition impérative de la loi ne soit pas exécutée dans toute sa rigueur. (*Confér.* de BORNIER, t. 1, p. 267; *Quest.* de LEPAGE, p. 139; le *Prat. franç.*, t. 1, p. 396; DELAPORTE, t. 1, p. 145 DEMIAU-CROUZILHAC, p. 117, etc.)

[[Cette opinion est également celle de MM. FAVARD DE LANGLADE, t. 3, p. 161, n° 16, et THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 253. M. DALLOZ, qui cite ces auteurs, t. 9, p. 657, n° 13, dit qu'elle n'est pas à l'abri de toute controverse, et cependant, un arrêt, de la Cour de cassation du 5 décembre 1838 (*J. Av.*, t. 56, p. 20, et *J. P.*, t. 2 de 1838, p. 617), la consacre. Mais MM. BONCENNE, t. 2, p. 560 et suiv., et BOITARD, t. 1, p. 524, la combattent avec énergie. C'est l'avis de ces derniers que nous avions déjà soutenu au *Commentaire du Tarif*, t. 1, p. 193, n° 32.

Nous l'avons dit, *suprà*, n° XCII, la condamnation aux dépens n'est point

une peine dans le sens légal de ce mot; c'est une indemnité, un dommage civil envers la partie gagnante. Or, il n'y a que les peines légales que les juges puissent appliquer d'office : toute réparation civile doit être demandée avant d'être adjugée, sous peine de contravention à l'art. 480, 4°, du Code de procédure civile.

On dit en vain que l'art. 130 se sert d'expressions impératives : *Toute parti qui succombera* SERA *condamnée aux dépens.* De semblables expressions se rencontrent dans divers articles du Code, sans qu'il en resulte une obligation de prononcer d'office. On les trouve, par exemple, au premier paragraphe de l'art. 135, et tous les auteurs décident néanmoins que l'exécution provisoire ordonnée par ce paragraphe ne peut être adjugée par les magistrats que lorsqu'elle est demandée. (V. *Quest.* 583.)

Sous l'ancienne jurisprudence, on décidait que la condamnation aux dépens devait être prononcée d'office, parce qu'aux termes de l'art. 1er du tit. 31 de l'ordonnance de 1667, le juge condamnait aux dépens, en vertu de l'ordonnance; la compensation n'avait pas lieu : les dépens étaient dus *ipso jure.* Auss jugeait-on constamment que le gagnant pouvait les exiger, encore bien qu'ils n'eussent pas été prononcés; en cela, on était conséquent. Mais aujourd'hui, pourrait-on faire payer le perdant sans lui présenter sa condamnation? Non, sans doute; car il pouvait y avoir lieu à compensation. Le perdant pourrait du moins le soutenir, les juges auraient eu à l'examiner, et nulle condamnation n'aurait pu légalement intervenir avant cet examen. Ainsi, le gagnant ne pourrait contraindre le perdant à payer tous les dépens, qu'autant que celui-ci y aurait été condamné; donc il ne sont pas dus *ipso jure.* Or, sous l'ancienne jurisprudence, on concluait, avec raison, de ce qu'ils étaient dus *ipso jure*, que le juge pouvait y condamner sans conclusions de la partie : donc, aujourd'hui, de ce qu'ils ne sont pas dus *ipso jure,* il faut conclure que le juge ne peut pas les prononcer d'office.]]

556. *Mais si le jugement avait omis de prononcer sur les dépens, la partie qui a gagné sa cause pourrait-elle contraindre son adversaire à les payer?*

M. Demiau-Crouzilhac résout affirmativement cette question, par le motif que les dépens sont dus *ipso jure*, en vertu de l'art. 130. C'est ainsi, dit-il, qu'on l'a constamment décidé sous l'empire de l'ordonnance de 1667.

En effet, le texte même de l'art. 1er du tit. 31 conduisait à décider ainsi, puisqu'il imposait au juge l'obligation de taxer les dépens, encore qu'ils n'eussent pas été adjugés.

Il faut bien remarquer que cet article défendait de compenser les dépens, tandis que notre Code en donne la faculté au juge. (Art. 131.) Cette différence nous parait exiger une autre solution que celle de M. Demiau-Crouzilhac.

Ainsi, nous pensons, comme M. LEPAGE, dans ses *Questions*, p. 139, et les auteurs du *Praticien*, t. 1, p. 396, que l'art. 131 autorisant les juges à compenser les dépens en totalité ou en partie, la condamnation prononcée par la loi en termes généraux ne peut être exécutée de plein droit. Mais, pour obtenir cette exécution, c'est-à-dire pour faire réparer l'omission commise dans le jugement, il faut, dit le premier, l'attaquer, ou par l'une des voies ordinaires, ou par la requête civile, comme n'ayant pas prononcé sur l'une des choses demandées.

Point de difficulté au sujet de l'appel, si le jugement a été rendu en premier ressort seulement; mais, s'il n'est pas sujet à appel, et que la partie n'ait pas conclu aux dépens, est-il bien sûr que l'on puisse se pourvoir par la voie extraordinaire de la requête civile? Nous ne le pensons pas, puisque le § 5 de l'art. 480 ne met au nombre des causes d'ouverture à cette voie que

l'omission de prononcer sur un chef de demande. Or, la partie qui aurait obtenu gain de cause n'ayant pas conclu à la condamnation aux dépens, le paragraphe dont il s'agit ne serait pas applicable.

Il n'y aurait donc tout au plus qu'ouverture au pourvoi en cassation, fondé sur la contravention à une disposition qui, comme nous l'avons dit sur la question précédente, oblige le juge à prononcer la condamnation, encore bien qu'elle n'eût pas été demandée.

[[Nous ne croyons pas non plus qu'une partie puisse exiger les dépens en vertu d'un jugement qui lui donne gain de cause, mais sans en prononcer la condamnation. Le silence sur cette partie du litige devrait être considéré comme une compensation tacite, disent, avec raison, MM. FAVARD DE LANGLADE, t. 3, p. 61, n° 16; THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 254, et DALLOZ, t. 9, p. 657, n° 14.

Quant à la voie de recours à prendre pour obtenir plus tard la condamnation aux dépens omise dans le jugement, nous ne partageons pas entièrement l'avis de M. Carré.

Point de difficulté pour les voies ordinaires de l'opposition ou de l'appel, si le jugement y est sujet, ni pour la requête civile, si la partie avait expressément conclu aux dépens; Cass., 4 mai 1825 (*J. Av.*, t. 30, p. 145); mais, si elle n'avait pris aucune conclusion à cet égard, il n'y aurait pas lieu à requête civile, puisque les cas en sont déterminés limitativement par la loi.

M. Carré propose la voie de la cassation, et cette opinion est la suite de celle qu'il a émise sur la Question précédente. Mais à notre avis, il n'y aurait pas lieu à cassation, puisque, l'art. 130 n'obligeant pas les juges à prononcer la condamnation aux dépens, lorsqu'elle n'est pas requise, l'art. 480, § 4, le leur défendant, au contraire, l'omission qu'ils en auraient faite dans l'espèce supposée ne serait la violation d'aucune loi.

Il ne resterait donc que l'action principale par ajournement devant les tribunaux ordinaires, et nous ne connaissons aucun motif de forclusion qui pût la rendre irrecevable. M. Dalloz, *ubi suprà*, n'est pas éloigné de ce sentiment.

Dès que la loi, pour la contrainte par corps, a exprimé que cette voie d'exécution ne pourrait être accordée que par le jugement statuant sur le fond, et que l'art. 130 ne renferme aucune disposition analogue, on ne voit pas pourquoi la condamnation aux dépens ne pourrait point être réclamée par action séparée après la condamnation principale.]]

[[**556** bis. *Les frais de contumace sont-ils à la charge du défaillant, quand bien même il obtiendrait gain de cause sur son opposition?*

Cette question est traitée au titre des *Jugements par défaut*, sous le n° 671.]]

[[**556** ter. *La condamnation aux dépens peut-elle être prononcée contre l'ascendant qui a été déclaré mal fondé dans l'opposition par lui formée au mariage de l'un de ses descendants?*

La Cour d'Amiens a jugé la négative, par un arrêt du 15 février 1806 (*J. Av.*, t. 9, p. 155) : elle s'appuie sur ce que l'ascendant peut former opposition au mariage de ses descendants sans être tenu d'en déduire les motifs, et sans avoir à craindre de supporter des dommages-intérêts. (Art. 179, C. civ.)

Ces raisons ne nous semblent pas soutenables; de ce que l'ascendant n'a pas besoin de déduire les motifs de son opposition, il ne s'ensuit pas qu'il puisse impunément agir sans motifs.

D'un autre côté, les dépens sont l'indemnité due à celui qui les a exposés

pour résister à une mauvaise contestation; les dommages-intérêts sont la peine de la mauvaise foi ; l'erreur peut excuser et dispenser des dommages intérêts, mais non des dépens.]] **Supp. alph.**, v° *Frais et dépens*, n. 56

[[**556** quater. *Peut-on appeler d'un jugement qui n'a prononcé qu'une condamnation de dépens ?*

Lorsque le jugement est rendu en dernier ressort, nul doute que, pour les dépens, l'appel ne soit pas recevable; mais, si la contestation présente un intérêt de valeur indéterminée ou supérieure au taux du dernier ressort, la voie d'appel doit être ouverte pour faire réformer la partie du jugement, quelle qu'elle soit, qui fait grief à l'appelant. Tel est l'avis de M. CARRÉ, *Compétence*, nos 292 et 293. Cet auteur répond à une objection qu'on voudrait peut-être tirer de l'art. 6 du 2e décret du 16 février 1807, et il distingue, avec grande raison, la *condamnation* aux dépens, de la *taxe ou liquidation* des dépens Dans un jugement qui condamne à payer les dépens, liquidés à telle somme, il y a deux chefs bien distincts : le premier qui condamne aux dépens, et dont on peut, suivant les circonstances, interjeter appel, comme l'ont jugé la Cour de cassation, le 8 août 1808 (*J. Av.*, t. 15, p. 36), et les Cours de Rennes, 2 juillet 1810 (*J. Av.*, t. 14, p. 752); d'Amiens, 25 juin 1822 (*J. Av.*, t. 24, p. 204); de Bourges, 25 novembre 1822 (*J. Av.*, t. 24, p. 328), et de Colmar, 27 mai 1833 (*J. Av.*, t. 46, p. 95); le second qui détermine la quotité des dépens, et auquel on ne peut que former opposition; Rouen, 20 mai 1822 (*J. Av.*, t. 24, p. 162). Les mêmes principes sont enseignés par MM. DELAPORTE, t. 2, p. 133 ; PONCET, *Jugements*, t. 1, p. 474, n° 293, et BERRIAT SAINT-PRIX, t. 1, p. 412, not. 32.]] **Supp. alph.**, v° *Appel*, n. 68.

ART. 131. Pourront néanmoins les dépens être compensés, en tout ou partie, entre conjoints, ascendants, descendants, frères et sœurs, ou alliés au même degré. Les juges *pourront* (1) aussi compenser les dépens en tout ou en partie, si les parties succombent respectivement sur quelques chefs.

[Notre Comm. du Tarif, t. 1, p. 205 à 208, nos 53 à 57.] — Dispositions conformes à la jurisprudence et contraires à celles de l'art. 1er de l'ordonnance.—[Notre Dict. gen. de Proc., v° *Dépens*, nos 10, 11, 132 à 158, 161.—Devilleneuve, *eod.* nos 33 à 41. — Arm. Dalloz, v° *Frais et Dépens*, nos 113 à 141.—Locré, t. 21, p. 423, n° 76. — QUESTIONS TRAITÉES : Qu'entend-on par compenser les dépens? *Q.* 557. — Peut-on compenser les dépens entre parties non parentes, quand une demande n'a qu'un seul chef? L'erreur, en cette matière, donne-t-elle ouverture à cassation? *Q.* 558 — La première disposition de l'art. 131 peut-elle être étendue à des parents d'un degré plus éloigné? *Q.* 558 *bis*.—Doit-on compenser les dépens, lorsque celui qui succombe en définitive a été jugé fondé sur une contestation relative à un interlocutoire, à une exception ou à un incident dont les dépens ont été réservés? *Q.* 559.—Lorsque les dépens ont été compensés, en quelle proportion la partie qui a fait les avances d'une expertise, d'un procès-verbal de descente sur les lieux, qui, en un mot, a payé d'autres frais semblables qui ne sont pas plus les siens que ceux de son adversaire, doit-elle être remboursée de ses frais? *Q.* 560 —Quand les dépens sont compensés, quelle est la partie qui doit le coût du jugement? *Q.* 561.]

---

(1) *Pourront.* Ainsi, lorsque les parties succombent respectivement sur quelques chefs, il est laissé à la prudence du juge de décider s'il y a lieu à compenser les dépens. (Cass., 14 août 1817, *S.*, t. 19, 1re part., p. 29, et *J. Av.*, t. 9, p. 170.)

[Ainsi encore le juge peut condamner à la totalité des dépens l'appelant qui succombe sur tous les points, quoiqu'il soit proche parent des intimés. Rennes, 24 novemb. 1817 (*J. Av.*, t. 9, p. 266).

Et un tribunal peut ou non user de la faculté de compenser les dépens entre la mère et le fils, sans donner matière à la réformation de son jugement sur ce chef. Rennes, 10 sept. 1813 (*J. P.*, 3e éd., t. 11, p. 707).

V. nos observations à la note de la *Quest.* 558, *infrà*.]

XCIII. L'ordonnance de 1667 n'admettait aucune exception contre la règle reproduite dans l'art. 130 du Code actuel. Mais souvent le magistrat se rendait moins rigoureux. Il est maintenant renfermé, par un texte précis, dans une faculté auparavant incertaine, et qu'il s'était attribuée lui-même, et la loi lui accorde la faculté de faire exception à la règle générale, dans les deux cas prévus par l'art 131.

D'un côté, la justice eût marché dans un sens contraire au but de son institution, si, par une sévérité trop inflexible, elle eût pu contribuer à jeter des germes de division et d'aigreur parmi les membres d'une même famille, au lieu de les rapprocher par une decision équitable et conciliatrice, autant que la rigueur du droit peut le souffrir. C'est dans cet esprit que la loi laisse au juge la faculté de compenser les dépens, lorsqu'il s'agit de terminer un différend entre parents et alliés.

D'un autre côté, la raison indique que celui qui, en maintenant de justes prétentions, en élève qui soient mal fondées, doit supporter le surcroît de frais auquel ces dernières ont donné lieu, et veut qu'il y ait compensation, lorsque cette faute est respective : de là, la seconde exception portée dans notre article.

557. *Qu'entend-on par compenser les dépens?*

On n'entend point que chaque partie paiera, soit une moitié, soit telle autre quotité, tant des frais qu'elle a faits que de ceux de son adversaire mis en masse, mais que chaque partie paiera les siens, en totalité ou en partie.

Il y a compensation simple et compensation proportionnelle.

La compensation simple a lieu quand chacune des parties doit payer les frais qu'elle a faits ou avancés.

La compensation proportionnelle a lieu quand une partie est condamnée à payer une portion quelconque des frais de son adversaire.

Il résulte de ces explications que la compensation simple n'est pas, à vrai dire, une condamnation de dépens, puisqu'ils ne sont adjugés ni pour l'une ni pour l'autre des parties. Les dépens ne sont, en effet, que les frais qui ont été faits dans la poursuite d'un procès, et que la partie qui a succombé doit payer à celle qui a obtenu gain de cause.

[[Les mêmes observations, sur la compensation simple et proportionnelle, sont reproduites par MM. PIGEAU, *Pr. civ.*, liv. 2, part. 5, tit. 5, ch. 5, art. 4; LEPAGE, p. 136 et 137; FAVARD DE LANGLADE, t. 3, p. 160, n° 16; DALLOZ, t. 9, p. 670, n° 2; BONCENNE, t. 2, p. 538, et BOITARD, t. 1, p. 526 et suiv.

La condamnation aux dépens varie à l'infini : les juges peuvent aussi, sans prononcer de compensation proprement dite, mettre à la charge de l'une des parties un acte spécial, une portion quelconque de la procédure, comme l'enseignent MM. PIGEAU et FAVARD DE LANGLADE, *ubi suprà.*

Les Cours royales ont diversement usé de ce pouvoir de compenser les dépens, dans la seconde hypothèse de l'art. 131. Leurs décisions, à cet égard, n'étant que des appréciations de fait, nous nous contenterons de renvoyer, pour les exemples qu'on peut en donner, au mot *Depens* de notre *Dictionnaire général de Procédure*, n°s 141 à 158, et à notre *Commentaire du Tarif*, t. 1, p. 206, n° 56.]] **Supp. alph.**, v° *Frais et dépens*, n. 112 et suiv.

558. *Peut-on compenser les dépens entre parties non parentes, quand une demande n'a qu'un seul chef?* [[*L'erreur, en cette matière, donne-t-elle ouverture à cassation?*]]

La négative semblerait résulter de ce qu'il est dit, en l'art. 131, que les

juges pourront *compenser les dépens en tout ou en partie, si les parties succombent respectivement sur quelques chefs.*

Cependant, avec un peu de réflexion, disent les auteurs du Commentaire inséré aux *Annales du Notariat*, il n'est pas difficile de voir que, dans le cas même où une contestation ne serait relative qu'à un seul objet, il peut y avoir, de la part du demandeur et du défendeur, des prétentions respectives qui seraient également contraires à l'équité, et qui, par là même motiveraient la compensation des dépens.

Tel pourrait être, suivant ces auteurs, le cas où, une partie formant une demande exagérée, la partie adverse lui ferait des offres inférieures à ce qu'elle devrait réellement. Et, en effet, un arrêt rendu par la Cour de cassation, le 18 mai 1808 (*S.* t. 8, 1re part., p. 313, et *J. Av.*, t. 9, p. 170), a décidé qu'en cette espèce, ce n'était pas violer l'art. 130 du Code de procédure, ni faire une fausse application de l'art. 131, que de prononcer la compensation, encore bien que la demande n'eût qu'un seul chef (1).

---

(1) Mais, dans le cas où l'on adjugerait à une partie moins qu'elle n'a demandé, si l'autre n'a pas fait d'offres inférieures à cette demande, et a contesté sur la totalité, il n'y a lieu à aucune compensation; il en est de même lorsque, sur des conclusions principales et subsidiaires, la partie adverse conteste les unes et les autres : il n'y aura pas lieu à compenser, si, les premières étant rejetées, les secondes sont accueillies. L'adversaire, dans les deux cas, a eu tort de donner lieu à des contestations qu'il eût terminées par un acquiescement, pour ne laisser en litige qu'une partie de la demande. Ce sont là deux conséquences de l'ancien adage, *la plus pétition n'est pas admise en France;* ce qui signifie que l'on n'est pas de *de plein droit* exposé a une condamnation de dépens pour avoir *demandé* plus qu'il n'est alloué par le jugement définitif.

[*V.* nos observations au texte.]

Mais, en tous cas, on demandera si l'erreur dans la quotité des dépens compensés serait un moyen de cassation? Nous répondrons, avec l'arrêt du 18 mai ci-dessus cité, que ce n'est qu'un mal jugé qui ne peut donner ouverture au pourvoi : on ne peut donc employer en ce cas que la voie d'appel, si le jugement est en premier ressort, de même qu'on peut en user contre le mal jugé qu'on prétendrait résulter de ce que la condamnation aux dépens ou leur compensation aurait été prononcée. (V. *Praticien*, t. 1, p. 397 et 399.)

[Lorsque les parties se trouvent dans l'un des deux cas prévus par l'art. 131, la compensation est facultative, c'est-à-dire abandonnée à la prudence des juges. (*V.* la note sous l'article lui-même.) La partie condamnée ne pourrait donc se plaindre d'une violation de la loi, par cela seul que cette compensation n'aurait pas eu lieu. C'est ce que jugent encore, avec raison, les arrêts de la Cour de cassation de France des 14 août 1817, et 6 juin 1820 (*J. Av.*, t. 9, p. 170); 24 juillet 1828 (*S.*, 29, 1, 28); 6 décembre 1830 (D., 1831, 1, 16); 5 novembre 1834 (*J. Av.*, t. 49, p. 661), et celui de la Cour de cassation de Belgique du 13 mai 1835 (*Journ.* de cette Cour, t. 1 de 1835, p. 103). A plus forte raison, la partie qui a succombé sur quelques chefs ne peut-elle se plaindre que les dépens aient été compensés, sous prétexte que son adversaire, ayant été débouté de sa demande principale, devait en supporter la totalité; cassat., 25 janvier 1827 (*J. Av.*, t. 33, p. 54). Il n'y a rien, dans de telles décisions, qui puisse donner ouverture à cassation.

Mais, par la raison inverse, si les parties ne se trouvent dans aucun des deux cas prévus par l'art. 131, et qu'une compensation soit prononcée, il y aura fausse application de la loi, et par suite ouverture à cassation. C'est ce qu'enseignent MM. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 309, et DALLOZ, t. 9, p. 670, n° 3, et ce que préjuge un arrêt de la Cour de Bordeaux, du 15 janvier 1835 (*J. Av.*, t. 50, p. 277).

La Cour suprême a trouvé aussi une violation de la loi dans la décision qui condamne aux dépens la partie qui n'a point succombé; 22 juillet 1816 (*J. Av.*, t. 9, p. 251); et, d'après la Cour de Rennes, 21 juillet 1813 (*J. Av.*, t. 9, p. 229), il faudrait juger de même dans le cas d'une condamnation à la totalité des dépens contre la partie qui triomphe sur le principal objet du procès, et ne succombe que sur quelques points accessoires.

Nous approuvons cette jurisprudence]

[[En principe, la compensation des dépens ne peut être prononcée hors des cas prévus par l'art. 131 du Code de pr. civ., comme l'a jugé la Cour de Rennes le 14 juillet 1813 (*J. Av.*, t. 9, p. 229). Mais celui de qui la demande exagérée est réduite, par les magistrats, à sa juste valeur, ne se trouve-t-il pas virtuellement compris sous la seconde disposition de cet article? N'est-il pas exact de dire qu'il succombe, quant à la partie de sa demande qui ne lui est pas adjugée, et que son adversaire succombe aussi, quant à l'autre portion? Il nous semble donc que l'art. 131 est applicable à ce cas, alors même que le défendeur n'avait fait aucune offre et s'était borné à contester la totalité. Cette distinction, que M. Carré propose à la note *infrà*, et que reproduit M. DALLOZ, t. 9, p. 671, n° 6, n'est pas admise par l'arrêt de la Cour de cassation qu'il invoque. La même distinction est, d'ailleurs, adoptée par MM. FAVARD DE LANGLADE, t. 3, p. 161, n° 16, et THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 255. Au contraire, la Cour de Bordeaux a jugé, le 8 janvier 1830 (*J. Av.*, t. 38, p. 354), que les dépens ne doivent pas être compensés lorsqu'une partie réclame une indemnité qui lui est due, mais seulement l'évalue trop haut. Cette décision ne nous semble appuyée d'aucun motif capable de balancer les autorités et les raisons que nous venons de citer.

Bien plus, la Cour de cassation a décidé, le 18 mars 1829 (*J. Av.*, t. 38, p. 245), que, lorsqu'une partie réclame une indemnité de 37,000 fr.; que la partie adverse en offre une de douze mille francs, et que le tribunal en accorde une de 14,000. la partie qui a formé la demande de 37,000, peut être censée succomber, et, par suite, être condamnée en tous les dépens. La Cour de Bordeaux, le 2 juin 1836 (*J. Av.*, t. 51, p. 529), a, au contraire, condamné en tous les dépens la partie qui avait fait des offres insuffisantes, quoique la demande du créancier fût reconnue exagérée, et, le 2 déc. 1837 (*J. Av.*, t. 56, p. 25), c'est au créancier qui demandait trop qu'elle les a fait supporter en entier. On voit que ces décisions dépendent nécessairement des circonstances. Voir la *Question* suiv.]] **Supp. alph.**, v° *Frais et dépens*, n. 119 et suiv.

[[**558** *bis. La première disposition de l'art.* 131 *peut-elle être étendue à des parents d'un degré plus éloigné?*

La Cour de Toulouse, par arrêt du 31 mars 1838 (*J. Av.*, t. 56, p. 279), a compensé les dépens entre des parties qui n'étaient parentes qu'au degré de cousins-germains, et elle s'est néanmoins appuyée sur ce motif: *attendu la qualité des parties.*

Cette décision est trop évidemment contraire au texte de l'art. 131, pour mériter aucune discussion. Elle est, d'ailleurs, combattue par les arrêts des Cours d'Aix, 1er mars 1817 (*J. Av.*, t. 9, p. 255), et de Grenoble, 25 juillet 1827 (*J. Av.*, t. 34, p. 185), et par l'opinion de M. FAVARD DE LANGLADE, t. 3, p. 161.

Il est vrai que la Cour de Rennes, le 31 août 1818 (*J. Av.*, t. 8, p. 400), a compensé les dépens en faveur de parents, autres que ceux désignés dans l'art. 131, qui s'étaient opposés à l'homologation d'une délibération de conseil de famille; mais c'est là un cas tout particulier qui sera examiné sous la *Question* 3000.]]

559. *Doit-on compenser les dépens, lorsque celui qui succombe en définitive a été jugé fondé sur une contestation relative à un interlocutoire, à une exception, ou à un incident, dont les dépens ont été réservés?*

L'affirmative résulte de ce que nous avons dit sur la *Quest.* 554, qu'il convenait de prononcer de suite la condamnation aux dépens contre celui qui succombait en pareil cas. Si les juges n'y sont pas rigoureusement tenus, à plus forte raison doivent-ils, en rendant le jugement définitif, avoir égard au cas où

l'une des parties aurait succombé sur une contestation relative à un interlocutoire, à une exception ou à un incident. (*V.* RODIER, sur l'art. 3 du tit. 31 de l'*Ordonn*).

[[C'est aussi, et avec raison, l'avis de MM. FAVARD DE LANGLADE, t. 3, p. 161, et DALLOZ, t. 9, p. 671, n° 7.]]

560. *Lorsque les dépens ont été compensés, en quelle proportion la partie qui a fait les avances d'une expertise, d'un procès-verbal de descente sur les lieux, qui, en un mot, a payé d'autres frais semblables, qui ne sont pas plus les siens que ceux de son adversaire, doit-elle être remboursée de ces frais?*

S'il y a compensation simple, dit M. LEPAGE, dans ses *Questions*, p. 140, la partie qui a payé de semblables frais ne peut en répéter la moindre partie, même sous prétexte qu'ils sont communs, parce qu'en ce cas, personne, comme nous l'avons dit sur la *Quest.* 557, ne subit de condamnation aux dépens.

Si, au contraire, la compensation n'est que proportionnelle, comme une des parties se trouve condamnée à une portion plus ou moins forte de dépens, la partie adverse a le droit de répéter ses actions au *prorata* de la condamnation prononcée à son profit.

On lit aussi dans les *Commentaires* de JOUSSE, t. 2, p. 227, et au nouveau *Répertoire*, au mot *Dépens*, p. 637, que, si les dépens sont compensés, la partie qui a fait les avances dont il s'agit n'en peut rien répéter contre l'autre partie, *si cela n'est pas expressément porté dans le jugement.* Nous ne trouvons rien dans nos nouvelles lois qui ait abrogé ces principes de l'ancienne jurisprudence. (V. *Pratic.*, t. 1, p. 399; PIGEAU, t. 1, p. 521.)

[[Nous croyons devoir adhérer à cette solution avec M. DALLOZ, t. 9, p. 671, n° 8.]]

561. *Quand les dépens sont compensés, quelle est la partie qui doit le coût du jugement?*

Jousse répond que c'est la partie qui est condamnée à payer une portion des dépens. (*V.* t. 2, p. 227.)

Mais, si la compensation n'est pas proportionnelle, le coût du jugement, qui ne consiste aujourd'hui que dans le *lief* et la *signification*, nous paraît être à la charge de celui qui le retire et le signifie, à moins que le juge n'en ait autrement ordonné.

Au reste, les juges préviennent ordinairement toute discussion à ce sujet, en ordonnant que le coût sera supporté par l'une des parties. (*V.* DELAPORTE, t. 1, p. 241). (1)

[[Ceci nous paraît également hors de doute, ainsi qu'à M. DALLOZ, t. 9 p. 671, n° 9.]] **Supp. alph.**, v° *Frais et dépens*, n. 127.

ART. 132. Les avoués et huissiers qui auront excédé les bornes de leur ministère, les tuteurs, curateurs, héritiers bénéficiaires ou autres administrateurs qui auront compromis les intérêts de leur administration, pourront être condamnés aux dépens, en leur nom et sans répé

(1) *V.*, pour la liquidation des dépens, l'art. 544; pour les cas où les garants sont condamnés, l'art. 185; pour les dépens des défauts, l'art. 168; enfin, pour les dépens des cas de désistement, l'art. 403.

tition, même aux dommages-intérêts, s'il y a lieu, sans préjudice de l'interdiction contre les avoués et huissiers, et de la destitution contre les tuteurs et autres, suivant la gravité des circonstances.

[Notre Comm. du Tarif, t. 1, p. 208 à 210, nos 61 à 64.] — Code de proc., art. 1031. — Réglement du 30 mars 1808, art. 102. — [Notre Dict. gén. de proc., vis *Dépens*, nos 21 à 33, 40. 49; *Huissier*, n° 141.—Carré, *Compétence*, 2e part., liv. 1er, tit. 2, art. 89. *Q.* 114, éd. in-8°, t. 2, p. 219, à la note; et 2e part., liv. 1er, tit. 3, art. 179, n° CI, et *Q.* 169, éd. in-8°, t. 3, p. 62 et 63.—Locré, t. 21, p. 424, n° 76. — QUESTIONS TRAITÉES : En quels cas les personnes désignées en l'art. 132 peuvent-elles être personnellement condamnées aux dépens ? *Q.* 562.—Pour prononcer une condamnation aux dépens entre les personnes dont il s'agit, faut-il nécessairement qu'il ait été pris des conclusions à ce sujet ? *Q.* 563.]

XCIV. La sagesse de cet article est de toute évidence, et, par ses dispositions, il supplée à une grave omission commise dans l'ordonnance de 1667, qui gardait à cet égard un silence absolu.

562. *En quels cas les personnes désignées en l'art. 132 peuvent-elles être personnellement condamnées aux dépens ?*

L'article décide cette question en termes généraux, et de là la nécessité de quelques explications.

Nous remarquerons que ses dispositions, en ce qui concerne les avoués et les huissiers, se rattachent en quelque chose à l'art. 1031.

Mais cet article porte que les procédures et actes frustratoires qui auront donné lieu à une condamnation à l'amende seront à la charge des officiers ministériels qui les auront faits : les officiers ministériels ne sont donc pas nécessairement condamnables aux frais d'un acte irrégulier, si le juge, usant de la faculté qui lui est donnée de prononcer ou non l'amende, soit pour omission, soit pour contravention, n'a pas cru devoir infliger cette peine.

Il suit de là, que l'art. 132 n'est applicable qu'au cas où ces officiers ont excédé les bornes de leur ministère. Ainsi, par exemple, les avoués seront sujets aux dépens, s'ils ont fait des offres ou donné des aveux et consentements sans pouvoir spécial; mais, pour prononcer une telle condamnation, il faudra, conformément aux articles 352 et 360, qu'il y ait *désaveu* jugé valable. (*V.* DELAPORTE, t. 1, p. 142, et les explications que nous donnerons sur l'art. 352.)

En tous autres cas non prévus par cet art. 352, le juge, suivant les circonstances, pourra les condamner aux dépens, pour tout acte, quel qu'il soit, qui, dépendant de la partie, aurait été fait sans son consentement, et lui eût porté préjudice.

L'art. 102 du réglement du 30 mars 1808 va plus loin : il autorise le juge à prononcer, suivant la gravité des circonstances, une condamnation en nom personnel aux dépens, contre tout officier ministériel qui contreviendrait aux lois et aux réglements. Ici, tout est laissé à la conscience et à l'arbitrage du juge.

Quant aux huissiers, outre ceux des cas ci-dessus mentionnés, qui leur sont communs avec les avoués, nous citerons les contraventions aux art. 4, 66, 71, 556, 622, 1031, 1037 et suivants du code. (*V.* les questions examinées sur l'art. 1031.)

On a demandé si l'huissier pouvait être condamné aux dépens d'une instance introduite par suite d'un ajournement qu'il aurait signifié, sans que la partie prétendue requérante eût signé l'original pour approbation

Nous répondons qu'il faudrait, pour prononcer la condamnation, que l'huissier eût succombé sous le coup d'une action en désaveu, qu'alors même il

crait nécessaire qu'il fût prouvé que la partie n'eût pas eu connaissance que avoué constitué dans l'exploit eût poursuivi aux fins de cet acte.

En effet, suivant nos anciens auteurs, la nullité d'un exploit donné sans le consentement du demandeur ne pouvait être prononcée que par suite d'une nstance en désaveu. RODIER, sur l'art. 2 du tit. 16 de l'ordonnance, allait jusqu'à dire que le demandeur devait prendre la voie d'inscription de faux. Un rrêt de la Cour de Rennes du 14 décembre 1810, a décidé que l'action en désaveu suffisait. Nous en concluons qu'en pareille espèce l'art. 132 n'est applicable à l'huissier, qu'autant que cette action a été formée et jugée contre ui.

Revenons aux tuteurs, aux curateurs et autres administrateurs.

L'art. 132 prouve que la condamnation aux dépens prononcée contre eux, ne vaut que dans la qualité sous laquelle ils ont plaidé, toutes les fois que le ugement ne déclare pas que cette condamnation leur est *personnelle*.

M. PIGEAU, t. 1, p. 117, remarque qu'il n'est pas besoin d'énoncer dans le ugement que les administrateurs ne pourront employer les dépens dans leur ompte d'administration : les mots *condamné personnellement* indiquent suffiamment que ce sont eux et non l'administré qui doivent les supporter; de même que cette défense d'en faire reprise en compte l'indique assez, sans u'il soit besoin de ces mêmes termes.

Mais il faut employer l'une de ces deux expressions, *condamné personnellement*, ou, *sans qu'il puisse répéter*.

Nous ajoutons qu'il convient que le jugement réfère dans ses considérants es motifs de cette condamnation personnelle.

[[Les exemples donnés par M. Carré, sous cette question, indiquent qu'il onfond, comme semblables ou analogues, les dispositions des art. 132 et 1031. Cependant, comme le fait observer M. BOITARD, t. 1, p. 532 et suiv., et comme ela résulte des observations de tous les auteurs, et même de ce que dit I. Carré, sur la question suivante, l'art. 132 s'applique à des cas tout différents e ceux qui sont prévus par l'art. 1031.

Dans celui-ci, il s'agit d'actes nuls ou frustratoires dont l'officier ministériel ui en est l'auteur ne peut exiger le paiement; dans l'autre, d'une condamnaion prononcée directement, contre l'officier ministériel ou l'administrateur, ux frais exposés par l'adversaire de la partie qu'il représente.

C'est une dérogation au principe que nul ne peut être condamné aux frais 'une instance sans y avoir été partie. En effet, quand les tuteurs et curateurs, t autres administrateurs soutiennent un procès au nom de leurs administrés, ils sont condamnés aux dépens, il est sous-entendu que cette condamnaion regarde la partie qui est en cause, et non pas le représentant qui a plaidé our elle, comme l'a jugé, spécialement pour l'héritier bénéficiaire, la Cour de ennes, le 19 mars 1814 (*J. Av.*, t. 9, p. 236).

Il n'en est plus de même lorsque les juges croient convenable d'appliquer art. 132 du Code de procédure civile.

Alors les administrateurs ou les officiers ministériels ayant excédé leurs ouvoirs, ayant soutenu des procès ou fait des procédures qui n'étaient point ans l'intérêt de leur partie, et qui ne sont que le résultat de leur caprice ou e leur mauvaise foi, la loi ne croit pas juste que les frais, qu'ils ont si mal à ropos occasionnés, retombent sur la partie qui n'en est point coupable; la artie adverse qui triomphe doit bien en obtenir la condamnation, mais c'est ontre l'administrateur ou contre l'officier qu'elle aura à en poursuivre le reouvrement.

C'est ainsi que les syndics d'une faillite, qui succombent dans une instance ar eux introduite en cette qualité, peuvent, suivant les circonstances, être

condamnés aux dépens en leur nom personnel; Cass., 27 juin 1821 (*S.*, t. 22, 1re part., p. 8, et *J. Av.*, t. 23, p. 227).

Ainsi, et à plus forte raison, le maire qui a été cité en son nom personnel, et qui ne justifie pas d'une autorisation à comparaître en justice, comme représentant la commune qu'il administre, doit, s'il succombe, être condamné personnellement aux dépens; Cass., 31 août 1836 (*J. Av.*, t. 52, p. 27).

La condamnation aux dépens peut même être encourue par l'avoué sur le motif qu'il a insidieusement et de mauvaise foi conseillé un procès; mais une pareille condamnation serait injuste, si cette mauvaise foi n'était pas prouvée; Cass., 13 juillet 1824 (*J. Av.*, t. 27, p. 5).

Enfin, sans multiplier inutilement les exemples, nous pouvons indiquer, comme ayant fait l'application de notre texte à divers administrateurs légaux, les arrêts dont la notice est consignée dans notre *Dictionn. gén. de Procéd.*, v° *Dépens*, nos 21 à 33 et 40.

Toutefois, il est évident que la décision qui condamnerait aux dépens un administrateur, un avoué, sans exprimer les motifs spéciaux sur lesquels repose le blâme des magistrats, serait nulle pour défaut de motifs; Cass., 2 février 1831 (*J. Av.*, t. 40, p. 369).]] **Supp. alph.**, v° *Frais et dépens*, n. 61 et s.

563. *Pour prononcer une condamnation aux dépens contre les personnes dont il s'agit, faut-il nécessairement qu'il ait été pris des conclusions à ce sujet?*

Rien, sans doute, ne s'oppose à ce que la partie adverse prenne des conclusions tendantes à ce que l'administrateur soit personnellement condamné aux dépens; mais, si elle ne prenait pas de semblables conclusions, il nous paraît résulter de l'art. 132 que le tribunal peut agir d'office en vertu d'une faculté qui lui est conférée par la loi. (*V.* Comm. inséré aux *Ann. du Not.*, t. 1, p. 262, et les *Quest.* sur l'art. 293.)

[[C'est aussi, et avec raison, l'opinion de MM. PICEAU, *Comm.*, t. 1, p. 313; FAVARD DE LANGLADE, t. 3, p. 161, n° 17; THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 256, et BOITARD, t. 1, p. 534.]]

ART. 133. Les avoués pourront demander la distraction des dépens à leur profit, en affirmant, lors de la prononciation du jugement, qu'ils ont fait la plus grande partie des avances. La distraction des dépens ne pourra être prononcée que par le jugement qui en portera la condamnation. Dans ce cas, la taxe sera poursuivie et l'exécutoire délivré au nom de l'avoué, sans préjudice de l'action contre sa partie.

[Notre Comm. du Tarif, t. 1, p. 210 à 217, nos 65 à 76.—Notre Dict. gén. de Pr., v° *Avoués*, nos 221 à 244.—Devillenenve, v° *Dépens*, nos 42 à 55 *bis*.—Arm. Dalloz, v° *Frais et Dépens*, nos 142 à 175.—Carré, *Compétence*, 2e part., liv. 1er, tit. 3, chap. 3, art. 147, § 6, éd. in-8°, t. 2, p. 457.—Locré, t. 21, p. 274, n° 21.—QUESTIONS TRAITÉES: Comment et en quel temps l'avoué doit-il demander la distraction? *Q.* 564.—L'avoué d'appel peut-il obtenir la distraction des dépens faits en première instance? *Q.* 564 *bis*.—La disposition du jugement qui ordonne la distraction serait-elle nulle, si le jugement n'établissait pas d'une manière positive que l'avoué a fait l'affirmation prescrite? *Q.* 565.—L'affirmation exigée par l'art. 133 doit-elle être faite sous serment? *Q.* 566.—L'affirmation de l'avoué suffit-elle pour qu'on lui adjuge la distraction des dépens, en sorte qu'on ne puisse l'obliger à produire le registre qu'il tient, conformément à l'art. 151 du tarif? *Q.* 567.—Lorsque les parties succombent sur différents chefs, et sont réciproquement condamnées aux dépens, ces diverses condamnations se compensent-elles de plein droit à due concurrence, nonobstant la distraction? *Q.* 568.—L'avoué qui, ayant obtenu la distraction à son profit, néglige de faire ses diligences contre la partie condamnée, peut-il, en cas que celle-ci soit devenue insolvable, exercer contre son client l'action directe que lui donne l'art. 133? *Q.* 569.—Le condamné contre lequel la distraction a été obtenue peut-il se dispenser de payer directement au gagnant? 569 *bis*. — L'avoué qui n'a pas demandé la distraction des dépens aurait-il, en formant opposition entre les mains du condamné avant la compensation ou le transport qui se serait fait de la part de son client, un privilége sur les dépens contre les autres créanciers de celui-ci? *Q.* 570. — Les huissiers peuvent-ils, comme les avoués, demander la distraction des dépens?

En cas d'insolvabilité du débiteur, dans quelle proportion le paiement doit-il s'effectuer entre eux? *Q. 570 bis.*—Si les frais ont été payés en vertu de la distraction ordonnée par un jugement, et que ce jugement vienne à être réformé, cassé ou rétracté par une voie quelconque, l'avoué sera-t-il personnellement tenu à les restituer? L'appel ou l'opposition seraient-ils du moins suspensifs des poursuites de l'avoué? *Q. 570 ter.*] V. *infrà*, p. 678, Q. 570 *quater.*

XCV. On doit aux officiers qui exercent l'honorable profession d'avoué cette justice, que, confiants dans la bonté de la cause, il leur arrive fréquemment de se charger d'un procès sans exiger l'avance des fonds nécessaires pour subvenir aux frais de la procédure. Ils fondent principalement sur le gain du procès l'espérance de recouvrer leurs déboursés et le montant de leurs vacations. C'est pour entretenir un zèle aussi louable que l'art. 133 leur accorde un privilége qu'ils ne tenaient autrefois que de la jurisprudence, et qui consiste à faire *distraire*, c'est-à-dire *séparer* à leur profit, la condamnation des dépens des autres condamnations à prononcer en faveur de la partie. Supp. alph., v° *Frais et dépens*, n. 129 et suiv.

564. *Comment et en quel temps l'avoué doit-il demander la distraction?*

L'avoué du demandeur, dit M. PIGEAU, à l'art. 3 du ch. 5, tit. 5 du jugement, doit demander la distraction par l'exploit de demande, ou depuis par des écritures, ou à l'audience, si l'affaire n'est pas sommaire, et à l'audience, si elle l'est.

L'avoué du défendeur ou de l'intervenant la demande par des écritures ou à l'audience, suivant les mêmes distinctions.

Ainsi, dans tous les cas, l'avoué peut former cette demande verbalement. (V. *Quest.* de LEPAGE, p. 137).

Mais faut-il qu'il la fasse avant ou après le jugement?

L'art. 133 veut qu'elle soit formée *lors de la prononciation.*

M. PIGEAU, *ubi suprà*, dit que, d'après l'art. 133, cette demande doit être formée avant le jugement, et telle est notre opinion. Il est cependant des tribunaux où l'on est dans l'habitude de recevoir l'avoué à demander la distraction immédiatement après le jugement. Cet usage est évidemment contraire à la loi, puisqu'elle exige que l'affirmation qu'elle prescrit à l'avoué soit faite lors de la prononciation du jugement.

Il n'y aurait tout au plus que cette affirmation qui pût être tolérée après le jugement, pour ne pas en interrompre le prononcé; encore ne pensons-nous pas que l'on doive en agir ainsi, de manière à décerner acte de l'affirmation par jugement séparé : il faut que le même jugement contienne la disposition relative à la distraction, et, conséquemment, qu'il décerne acte de l'affirmation.

Ainsi donc, immédiatement après le prononcé des condamnations principales, et de la condamnation aux dépens contre la partie, le tribunal reçoit l'affirmation, et termine la prononciation du jugement, en octroyant la demande, moyennant l'acte qu'il donne de ce que l'avoué a affirmé conformément à la loi. (*V.* la formule donnée par M. Pigeau.)

[[Sans doute il est de principe, érigé en loi par l'art. 133, que la distraction des dépens ne peut être accordée à l'avoué que par le jugement même qui en porte condamnation au profit de son client. Pourquoi cela? Parce qu'il ne doit s'écouler aucun intervalle entre la naissance de la créance sur la tête du client par la condamnation qu'il obtient, et le transport que la distraction opère de cette créance sur la tête de l'avoué. En effet, c'est un transport forcé, un transport exorbitant, qui s'opère sans égard aux compensations que le condamné pourrait avoir à opposer à son débiteur direct. Pour que cela ait lieu sans choquer les principes, il faut une fiction d'après laquelle la créance n'ait jamais appartenu au client : qu'au moment même de

son origine, elle soit attribuée à l'avoué; mais cette fiction serait-elle raisonnable, si un intervalle quelconque s'écoulait entre la condamnation et la distraction? Un jugement postérieur pourrait-il faire que, pendant l'existence simultanée de deux créances reposant respectivement sur la tête des deux parties, une compensation réelle, complète ne se fût pas de plein droit opérée, ou bien que la partie gagnante n'eût cédé, transporté valablement à des tiers ce que son adversaire lui devait pour les dépens. On voit qu'il serait impossible de coordonner une distraction des dépens postérieure au jugement avec les principes les plus élémentaires du droit. C'est ainsi que raisonnent, avec beaucoup de justesse, MM. PIGEAU, *Proc. civ.*, *ubi suprà*, et BOITARD, t. 1, p. 539 et 542. MM. THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 257, et BONCENNE, t. 2, p. 566, sont du même avis.

Mais faut-il entendre cette règle d'une manière si judaïque, qu'il ne puisse y avoir, entre la condamnation aux dépens et la distraction, ce court intervalle nécessaire pour en faire la demande, accompagnée de l'affirmation prescrite par notre article? C'est là une conséquence outrée.

L'usage général, et peut-être universel, est de ne demander la distraction qu'après le prononcé du jugement, parce que ce n'est qu'alors que l'on peut savoir à qui les dépens sont adjugés. Le tribunal ajoute à son jugement la disposition y relative, et le principe n'est point violé, puisqu'il n'y a qu'un seul et même jugement. Il ne le serait qu'autant que, l'audience étant levée, ou une autre cause ayant été jugée, l'avoué viendrait après coup faire une réclamation qu'il avait d'abord omise. On sent qu'alors des compensations ou des transports auraient pu avoir lieu, et que les choses ne seraient plus placées dans les conditions voulues par l'art. 133.

Cependant, MM. Pigeau, *ubi suprà*; Carré, comme on vient de le voir; FAVARD DE LANGLADE, t. 3, p. 162, n° 18, et BOITARD, t. 1, p. 542, veulent que la demande en distraction ait lieu avant le prononcé du jugement, et ce n'est en quelque sorte qu'avec regret que M. Carré souffre que l'affirmation seule lui soit postérieure.

Mais la loi ne nous semble pas vouloir séparer, en général (voir la restriction admise plus bas), la demande, de l'affirmation : « Les avoués, dit-elle, pourront demander la distraction des dépens en affirmant. » C'est donc un seul acte qu'elle suppose pour ces deux objets qui, à vrai dire, n'en font qu'un; quelle époque désigne-t-elle pour cet acte? « Lors de la prononciation du jugement. »

Ne résulte-t-il pas de là que, dans son esprit comme dans son texte, la demande ne doit être formée qu'à la suite du prononcé, parce que jusque-là il est incertain lequel des avoués pourra la faire? Ne serait-il pas dérisoire qu'il la formât, ou dans l'exploit d'ajournement, ou dans tout autre acte de procédure, alors qu'il n'a fait encore que peu ou point d'avances, et que d'ailleurs il est possible qu'il soit remboursé par son client avant le jugement? Ne serait-il pas inutile que tous les avoués en cause la formassent immédiatement avant le prononcé, au moment où il va être décidé qu'un seul d'entre eux en aura le droit? Cependant la demande de distraction des dépens est tellement de style à Paris, que presque toutes les conclusions, même contre les clients les plus riches, finissent par les mots *dont distraction;* mais nous avons eu déjà occasion de faire observer qu'à Paris la procédure était souvent dénaturée.

MM. DALLOZ, t. 9, p. 673, n° 4; THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 257, et BONCENNE, t. 2, p. 566, professent une doctrine entièrement conforme à l'usage que nous avons signalé, et que consacre l'arrêt de la Cour de Limoges du 27 août 823 (*J. Av.*, t. 25, p. 327).

La Cour de Paris a cru pouvoir, le 14 juillet 1812 (*J. Av.* t. 5, p. 312), s'écar-

ter du principe que la distraction doit être prononcée par le même jugement que la condamnation. Le motif qui l'y a déterminée, c'est qu'il s'agissait, dans l'espece, des seuls frais avancés depuis l'arrêt, sur lesquels, par conséquent, la distraction n'avait pu être prononcée, les autres dépens ayant été compensés. Cette considération ne nous paraît pas suffisante pour motiver une violation si manifeste de l'art. 133. Car le jugement qui condamne aux dépens est censé y comprendre tous ceux qui seront exposés plus tard pour son exécution; c'est ce qu'a jugé la même Cour de Paris, le 17 août 1812 (*J. Av.*, t. 5, p. 315), en déclarant que l'avoué qui a obtenu la distraction des dépens, peut comprendre dans son exécutoire le coût de la signification du jugement à domicile. Semblable décision de la Cour de Montpellier, le 2 mai 1823 (*J. Av.*, t. 9, p. 298). Elles sont conformes à l'esprit de la loi manifesté par la discussion au conseil d'État. (*V.* LOCRÉ, t. 21, p. 274, n° 21.) Rien n'empêcherait donc, dans la première espèce, de prononcer déjà la distraction des dépens d'exécution quoiqu'ils ne fussent pas encore exposés.

La Cour de Bordeaux, le 4 mai 1829 (*J. Av.*, t. 37, p. 27), a commis une semblable violation de l'art. 133, quoique tempérée par la circonstance du fait, en admettant un avoué à demander, le lendemain de l'arrêt, la distraction dont son avocat avait fait pour lui la réserve.

Il eût été plus simple et en même temps plus régulier que, sur l'observation de cet avocat, la Cour ordonnât sur-le-champ la distraction, sauf à recevoir postérieurement l'affirmation. Alors l'arrêt eût été complet; la distraction et la condamnation n'eussent pas été séparées, la loi et les principes eussent été respectés.

Et c'est en effet cette marche qui a été suivie en faveur de l'avoué absent de l'audience lors du prononcé du jugement, soit que son avocat, soit qu'un autre avoué eût fait pour lui la demande, par les Cours de Riom, 15 mars 1828 (*J. Av.*, t. 34, p. 368); de Bordeaux, 20 juin 1832 (*J. Av.*, t. 44, p. 19), et sanctionnée par la Cour de cassation, le 14 février 1827 (*J. Av.*, t. 33, p. 26). Faisons observer seulement que, dans ce cas, les frais du nouvel arrêt qui reçoit l'affirmation sont à la charge de l'avoué qui la fait. (*V.* la *Quest.* suivante.)]]

Supp. alph., v° *Frais et dépense*, n. 135, et *Comm. du Tarif*, t. 1, p. 210, n° 67.

[[**564** bis. *L'avoué d'appel peut-il obtenir la distraction des dépens faits en première instance?*

L'affirmative a été jugée par la Cour de cassation, les 14 février 1827 (*J. Av.*, t. 33, p. 26), et 8 juillet 1828 (*J. Av.*, t. 35, p. 286); par la Cour de Pau, le 2 mai 1836 (*J. Av.*, t. 52, p. 90); par celle de Limoges, le 10 janvier 1835 (*J. Av.*, t. 49, p. 135), et implicitement par celle de Lyon, le 1er avril 1830 (*J. Av.*, t. 42, p. 17). Ces deux dernières Cours ont même décidé que la distraction des dépens de première instance peut être accordée sur un désistement par l'ordonnance que doit rendre le président, aux termes de l'art. 403. Cette ordonnance n'est pourtant pas un jugement de condamnation; et l'on sait que la distraction ne peut être prononcée que *par le jugement*. Mais nous croyons qu'elle doit en produire tous les effets.

Quant à la solution principale, consacrée par la jurisprudence que nous venons de rappeler, nous n'hésitons pas à l'adopter; les Cours royales, même en confirmant les jugements de première instance, ont à condamner l'une des parties à la totalité des dépens faits dans la cause; l'appel une fois interjeté, le jugement de première instance n'est plus censé exister devant la Cour, la masse des dépens est donc composée de tous ceux qui ont été faits depuis l'assignation; cela est si vrai que, très souvent, la Cour ordonne la révision de la taxe des premiers juges. Si l'avoué d'appel a remboursé à son confrère de première instance les frais faits par celui-ci, ou s'il lui en avait fait

l'avance avant le jugement, quelle est donc la raison puissante de le priver du bénéfice de l'art. 133 pour toutes les avances qu'il a faites? A qui fera-t-il éprouver un tort, un préjudice quelconque? Les frais sont dus, ils n'ont point été faits par la partie de l'avoué demandeur en distraction, elle ne doit donc pas prétendre à les toucher de préférence à cet avoué; la partie adverse est condamnée; il lui importe peu à qui on devra payer les dépens qui sont à sa charge, et, dans la cause soumise à la Cour suprême, le pourvoi pouvait même être rejeté par défaut d'intérêt.

Un seul cas devrait paraître douteux à une Cour d'appel, c'est lorsqu'elle déclarerait l'appel non recevable, ou l'acte d'appel nul pour vice de forme. est évident qu'alors elle ne statuerait que sur les dépens de l'incident: aurait-elle le droit de prononcer la distraction des dépens dont elle n'aurait pas pu connaître, et si elle le faisait, ne violerait-elle point les dispositions de l'art. 133, qui dit : *La distraction des dépens ne pourra être prononcée que par le jugement qui en portera la condamnation ?*]] Supp. alpha., v° *Frais et dépens*, n. 437 et suiv.

565. *La disposition du jugement qui ordonne la distraction serait-elle nulle, si le jugement n'établissait pas, d'une manière positive, que l'avoué a fait l'affirmation prescrite ?*

Cette question a été résolue pour l'affirmative, par arrêt de la section civile de la Cour de cassation du 30 avril 1811.

« Attendu, est-il dit dans les considérants, que rien ne justifiait que l'avoué « au profit duquel la distraction avait été ordonnée, eût rempli la formalité « préalable de l'affirmation voulue par l'art. 133 : d'où suivait que cette distrac- « tion avait été irrégulièrement accordée. » (V. *S.*, t. 11, p. 181 et suiv., et *J. Av.*, t. 5, p. 308.)

[[La décision rapportée par M. Carré suppose que la distraction ne peut être ordonnée sans qu'au préalable l'affirmation ait été faite; et c'est, en effet, un point jugé dans ce sens par le même arrêt. M. MERLIN l'approuve, *Répert.*, v° *Distraction de Dépens*, t. 3, p. 731, ainsi que MM. FAVARD DE LANGLADE, t. 3, p. 162, n° 18, et THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 257.

Les arrêts cités à la fin de nos observations sur la *Question* 564, supposent le contraire, et la Cour de cassation elle-même a déclaré, le 6 novembre 1828 (*J. Av.*, t. 36, p. 38), que l'affirmation n'est pas prescrite à peine de nullité; les 2 janvier et 8 juillet 1828 (*J. Av.*, t. 34, p. 5, et t. 35, p. 64), que la mention de l'affirmation dans le jugement n'est pas rigoureusement exigée; le 30 décembre 1813 (*J. Av.*, t. 9, p. 230), qu'en matière criminelle surtout, la demande en distraction n'est pas nulle, quoiqu'elle ne soit pas accompagnée de l'affirmation. Nous adhérons complétement à ce dernier système.]]

566. *L'affirmation exigée par l'art.* 133 *doit-elle être faite sous serment ?*

Non, disent M. DELAPORTE, t. 1, p. 142, et après lui les auteurs du Commentaire inséré aux *Annales du Notariat*, t. 1, p. 264. Le législateur, par ce mot *Affirmation*, n'a entendu qu'une simple déclaration verbale faite par l'avoué devant le tribunal, à l'instant où le jugement est rendu.

Mais la Cour d'appel de Rome a décidé le contraire, par arrêt du 22 janvier 1811 (*J. Av.*, t. 5, p. 304).

M. Coffinières, dans son *Journal des Avoués*, 1811, p. 362, et nouv. édit., t. 5, p. 304, combat cette décision, dont les motifs, suivant la Cour de Rome, reposeraient, 1° sur l'autorité de tous les dictionnaires de la langue française; 2° sur celle de tous les dictionnaires de droit, qui définissent l'affirmation l'acte d'assurer avec serment la vérité d'un fait, et qui traitent sous ce mot toutes les

questions relatives au serment. (*V.* entre autres le *Nouveau Répertoire*, au mot *Affirmation.*)

Une autre considération en faveur de la décision dont il s'agit, c'est que la sect. 5 du tit. 2, liv. 3 du projet du Code civil, renfermait, sous ce titre de l'*Affirmation judiciaire*, toutes les dispositions relatives au *serment*, et employait partout, à la place de ce mot, celui d'affirmation. Or, l'autre expression n'a été substituée que parce qu'il fut observé qu'elle présentait une idée plus imposante, et non par le motif que l'affirmation n'est pas la même chose que le serment.

Quoi qu'il en soit, l'opinion consacrée par la Cour de Rome a été combattue par l'auteur du *Journal des Avoués*, et n'est point suivie dans l'usage. On pense qu'en général, lorsque la loi ne prescrit pas que l'affirmation sera donnée par serment, elle ne doit consister que dans une assurance pure et simple ; et c'est par la considération que la loi se sert quelquefois, par exemple en l'art. 189 du Code de commerce, de ces expressions *affirmer sous serment*, que nous inclinons à rejeter la décision de la Cour de Rome. Si, en effet, le législateur avait toujours considéré l'affirmation comme devant être faite sous serment, il n'eût pas ajouté qu'elle serait faite ainsi.

Au reste, il est toujours à craindre de multiplier les cas où le serment devrait être prêté : il suffit donc qu'il y ait du doute sur l'obligation d'affirmer ainsi, pour qu'on se contente d'une déclaration pure et simple (1).

[[Il ne peut plus s'élever de doute sur la justesse de cette solution, qui est adoptée par MM. DALLOZ, t. 9, p. 672. n° 2 ; FAVARD DE LANGLADE, t. 3, p. 162, n° 19 ; THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 257 ; BONCENNE, t. 2, p. 567 à 571, et BOITARD, t. 1, p. 543.

Cependant, M. TOULLIER, t. 10, p. 571, enseigne que l'affirmation judiciaire est, dans le langage du barreau, synonyme de serment.]] **Supp.**, p. 154.

567. *L'affirmation de l'avoué suffit-elle pour qu'on lui adjuge la distraction des dépens, en sorte qu'on ne puisse l'obliger à produire le registre qu'il tient conformément à l'art.* 151 *du Tarif?*

Non ; l'avoué doit, aux termes de l'article précité, représenter ce registre toutes les fois qu'il en est requis. Ainsi, son client peut exiger cette représentation, de même que la partie adverse qui serait condamnée aux dépens. Ce registre peut, en effet, justifier la vérité ou l'inexactitude de sa déclaration ; et cette considération que la partie intéressée peut requérir qu'il soit représenté par l'avoué, est un motif de plus pour ne pas exiger qu'il affirme par serment. (*V.* PIGEAU, t. 1er, part. 3e, tit. 5, ch. 5, art. 3, n° 4, et le t. 1, p. 362 du Commentaire inséré aux *Annales du Notariat.*)

[[C'est aussi l'avis de MM. DALLOZ, t 9, p. 674, n° 8, et FAVARD DE LANGLADE, t. 3, p. 162, n° 19. Il est sanctionné par un arrêt de la Cour de Limoges du 27 août 1823 (*J. Av.*, t. 25, p. 327), et nous l'avons nous-même adopté dans notre *Commentaire du Tarif*, t. 1, p. 210, n° 66.]] **Supp. alph.**, v° *Frais et dépens*, n. 143 et 144.

---

(1) Remarquons en outre que si, par arrêt du 19 avril 1810 (V. *S.*, 1810, 1re part., p. 228, et *J. Av.*, t. 16, p 606), la section des requêtes de la Cour de cassation a décidé qu'il n'y avait pas nullité d'une enquête faite en justice de paix, parce que les témoins n'avaient pas fait, sous serment, la promesse exigée par l'art. 35 du Code de procédure, à plus forte raison doit-on croire qu'il n'y aurait pas nullité d'une affirmation faite la formalité du serment. (*V.* les art. 571)

568. *Lorsque les parties succombent sur différents chefs et sont réciproquement condamnées aux dépens, ces diverses condamnations se compensent-elles de plein droit à due concurrence, nonobstant la distraction?*

Nous ferons observer que de telles condamnations, prononcées de part et d'autre, ne peuvent guère avoir lieu qu'autant qu'un chef de demande aurait occasionné des frais particuliers, ou que le juge aurait réservé ceux d'un interlocutoire, d'un incident ou d'une exception.

On ne saurait concevoir, en effet, qu'un tribunal, statuant sur différents chefs qui n'auraient donné lieu qu'à une masse de frais qui ne seraient particuliers à aucun d'eux, condamnât, par exemple, l'une des parties à un tiers de dépens, l'autre à un quart; il serait tout naturel de diminuer la condamnation de la première.

Si cependant ce cas arrivait, nous ne doutons pas que la compensation, comme dans les autres cas ci-dessus indiqués, ne dût s'opérer jusqu'à due concurrence, en conformité des art. 1289, 1290 et 1291 du Code civil. (*V.* FERRIÈRE, au mot *Dépens*, p. 517, et DEMIAU-CROUZILHAC, p. 117.)

Mais nous supposons ici que la distraction n'ait pas été prononcée au profit de l'avoué; autrement nous penserions, contre l'opinion de M. Crouzilhac (*ibidem*), que la compensation n'aurait pas lieu. Tel était le sentiment de FERRIÈRE, t. 1, p. 541; tel est celui de M. Merlin. (V. *Nouv. Répert.*, au mot *Distraction de dépens*, t. 3, p. 707.) (1)

C'est un des effets de la distraction de substituer l'avoué à sa partie dans la créance des dépens, d'y rendre celle-ci tout-à-fait étrangère, et, par conséquent, d'empêcher toute compensation de cette créance avec les dettes dont la partie pourrait être personnellement chargée envers son adversaire. La Cour de cassation l'a ainsi décidé, le 11 décembre 1834 (*J. Av.*, t. 48, p. 31), et c'est le sentiment unanime de MM. PIGEAU, *Proc. civ.*, t. 1, part. 3e, tit. 5, ch. 5, art. 3, n° 6; FAVARD DE LANGLADE, t. 1, p. 161, n° 18; DALLOZ, t. 9, p. 675, n° 12; BONCENNE, t. 2, p. 571, et BOITARD, t. 1, p. 537.

Un autre effet de la distraction, que signalent aussi les mêmes auteurs, c'est que le condamné ne peut se libérer valablement qu'entre les mains de l'avoué qui a obtenu cette distraction : le paiement fait à la partie n'éteindrait point sa dette.

---

(1) Vainement opposerait-on, comme l'a fait M. Demiau-Crouzilhac, que l'avoué n'a pas plus de droit que sa partie, et que celle-ci ne saurait être fondée à exiger des frais de son adversaire, auquel elle en devrait elle-même.

« Nous répondrons, avec Ferrière, que « les frais dont l'avoué demande la distraction sont son travail et ses avances, qui « n'appartiennent et ne peuvent appartenir « à la partie à qui les dépens sont adjugés « ils appartiennent à l'avoué seul, et il s'ensuit que la partie adverse ne peut pas demander compensation de ce qui lui est dû « par la partie de l'avoué, avec ce qui n'est « dû qu'à celui-ci. »

Ainsi l'avoué devient, par l'effet de la distraction prononcée à son profit, cessionnaire des dépens et porteur contre la partie adverse d'une créance qui lui est personnelle, et qui est tellement étrangère à son client, que la taxe est poursuivie à sa requête, que l'exécutoire est donné en son nom, que sa partie ne peut céder à un tiers les dépens qu'elle a obtenus, de même que le condamné ne peut valablement les payer à celle-ci; enfin, que l'avoué peut user contre le condamné de toutes les voies d'exécution autorisées par la loi, et prendre même inscription hypothécaire sur ses biens, en vertu du jugement et de l'exécutoire qui en est la suite. (*V.* DEMIAU-CROUZILHAC, p. 120.)

Mais nous raisonnons dans l'hypothèse où le condamné ne se serait point opposé à la taxe; autrement l'avoué ne pourrait agir qu'après le jugement qui aurait statué sur cette opposition, conformément à l'art. 6 du décret du 16 juillet 1807.

Enfin, un troisième effet consiste en ce que les créanciers de son propre client ne peuvent, par des saisies-arrêts formées entre les mains de la partie condamnée, priver l'avoué de son privilége ; Metz, 12 décembre 1810 (*J. Av.*, t. 5, p. 302).]] **Supp. alph.**, v° *Frais et dépens*, n. 147 et suiv.

569. *L'avoué qui, ayant obtenu la distraction à son profit, néglige de faire se diligences contre la partie condamnée, peut-il, en cas que celle-ci soit devenue insolvable, exercer contre son client l'action directe que lui donne l'art.* 133 ?

Quoique cet article réserve à l'avoué une action directe contre son client, et qu'il le fasse sans aucune distinction, nous pensons néanmoins que, suivant les circonstances, il pourrait être declaré non recevable à exercer ce recours, s'il ne justifiait pas de poursuites faites infructueusement contre le condamné. Il est juste que, dans le cas où l'insolvabilité de celui-ci ne serait notoirement survenue qu'à une époque postérieure à celle où l'avoué pouvait *utilement* exercer ses droits, lui seul supporte une perte qui ne proviendrait que de sa propre négligence, et que son client eût pu prévenir, si l'avoué n'avait pas obtenu la distraction. Mais il faudrait prouver qu'il y eût une faute vraiment imputable à la négligence de l'avoué.

[[L'art. 133 dispose textuellement qu'en obtenant la distraction l'avoué ne perd pas le droit d'exercer des poursuites contre la partie, qui demeure son débiteur direct. La raison qu'en donne M. PIGEAU, *Pr. civ.*, t. 1, part. 3, tit. 5, ch. 5, art. 3, n° 6 4°, c'est que la distraction n'est pour l'avoué qu'une sûreté et une facilité de plus pour être payé, de même que la validité d'une saisie-arrêt, n'est, pour le créancier qui a formé cette saisie qu'une sûreté pour le paiement de sa créance, laquelle ne l'empêche pas de poursuivre son débiteur directement, s'il ne veut ou ne peut poursuivre ceux entre les mains de qui est formée cette saisie-arrêt. Cette doctrine est aussi professée par MM. DALLOZ, t. 9, p. 674, n° 11; FAVARD DE LANGLADE, t. 3, p. 162, n° 18; THOMINE DESMAZURES, t. 1, p 257 ; BONCENNE, t. 2, p. 571, et BOITARD, t. 1, p. 543.

Il suit de là, comme l'a jugé la Cour de cassation, le 13 juin 1836 (*J. Av.*, t. 53 p. 407, et *J. P.*, t. 1 de 1837, p. 556), que la partie ne peut être regardée comme une simple caution, et, en cette qualité, opposer aux poursuites dont elle serait l'objet, l'exception réservée par l'art. 2037 du Code civil, en faveur de la caution qui serait attaquée par le créancier après que celui-ci s'est mis dans l'impossibilité de la subroger à ses droits, hypothèques et priviléges contre le principal débiteur. L'avoué peut donc faire d'abord des poursuites contre le condamné, les abandonner plus tard, et recourir contre son client sans que celui-ci ait à se plaindre, à moins toutefois que les choses ne se trouvent dans la situation que suppose la question de M. Carré, auquel cas nous approuverions sa solution, avec MM. FAVARD DE LANGLADE, t. 3, p. 162, n° 19. THOMINE DESMAZURES, t. 1, p 258, et BONCENNE, t. 2, p. 571.]
Supp. alph., v° *Frais et dépens*, n. 152 et 153.

[[**569** bis. *Le condamné contre lequel la distraction a été obtenue peut-il se dispenser de payer directement à son adversaire?*

Un arrêt de la Cour de cassation du 25 mai 1807 (*S.*, t. 7, 2e part., p. 747 et *J. Av.*, t. 5, p. 266), considère que, puisque la partie ne cesse pas d'être débitrice des dépens envers son avoué, par là même elle continue à en être créancière à l'égard de son adversaire. Si donc l'avoué n'a point fait notifier son exécutoire ni commencé de poursuites, le condamné ne pourrait sous aucun prétexte se dispenser de payer directement sa partie adverse. Cet arrêt est également cité par M. Merlin, v° *Distraction de dépens*.

Si cette partie avait déjà désintéressé son avoué, sans nul doute la solution

ci-dessus serait exacte parce qu'il se trouverait subrogé aux droits que la distraction attribuait à celui-ci, et que toute sécurité serait ainsi donnée au débiteur.

Mais si on voulait en faire une règle générale, toute l'utilité de la distraction serait perdue pour l'avoué ou bien l'on exposerait la partie condamnée à payer deux fois.

En effet, si elle n'a pas pour effet d'empêcher le versement des fonds entre les mains de son client insolvable, qu'importe à l'avoué d'avoir obtenu la distraction? Et si, malgré ce versement, il peut à son tour exercer des poursuites contre le condamné, n'est-il pas souverainement injuste que celui-ci se soit vu forcé de payer à la partie?

On dira peut-être que l'avoué aurait dû assurer sa créance par des actes conservatoires, former des oppositions, notifier son titre? nous répondrons avec M. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 318, que, la délégation qui résulte en sa faveur de la distraction prononcée se faisant en présence du débiteur, l'avoué est à l'instant saisi de la créance, comme s'il y avait eu acceptation de transport fait par le débiteur dans un acte authentique. (Art. 1690 Code civ.)

La signification du jugement devient alors inutile et, nous pensons que, sous aucun prétexte, on ne peut forcer le condamné à payer directement à celui qui a obtenu gain de cause, tant qu'il demeure exposé aux poursuites de l'avoué.

Cependant l'arrêt précité obtient l'assentiment de M. DALLOZ, t. 9, p. 674, n° 9.]] **Supp. alph.**, v° *Frais et dépens*, n. 155 et suiv.

570. *L'avoué qui n'a pas demandé la distraction aurait-il, en formant opposition entre les mains du condamné avant la compensation ou le transport qui se serait fait de la part de son client, un privilége sur les dépens contre les autres créanciers de celui-ci?*

L'affirmative nous paraît résulter de l'art. 2102, § 3, du Code civil, qui déclare privilégiés tous les frais faits pour la *conservation* de la chose.

[[C'est l'opinion de M. PIGEAU, *Procédure civile*, t. 1, 3e part., tit. 5, chap. 5, art. 3, et *Comm.*, t. 1, p. 317, et elle nous paraît juste, comme à M. DALLOZ, t. 9, p. 674, n° 10.]] **Supp. alph.**, v° *Frais et dépens*, n. 159 et 160.

[[**570** bis. *Les huissiers peuvent-ils, comme les avoués, demander la distraction des dépens? En cas d'insolvabilité du débiteur, dans quelle proportion le paiement doit-il s'effectuer entre eux?*

M. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 316, est le premier auteur qui se soit occupé de la question, voici quel est son système :

« Les huissiers peuvent demander la distraction, dit ce savant jurisconsulte, et ils ont deux voies à prendre pour arriver à ce but, 1° si le client consent, ils peuvent demander la distraction en ces termes : *Dont distraction sera faite du consentement de.... à.... huissier pour significations par lui faites*, en affirmant, etc.; 2° si le client s'y refuse, l'huissier peut le demander par une simple requête d'intervention dont les frais sont à la charge du client. »

Nous devons avouer que le système de M. Pigeau, tout raisonnable qu'il est, tendrait à créer au profit des huissiers une disposition législative qu'on ne lit nulle part; peut-être le législateur a-t-il regardé l'avoué comme le mandataire légal de l'huissier, et n'a-t-il pas voulu permettre cette intervention qui nécessiterait des frais de signification trop coûteux de tous les actes postérieurs, et qui aggraveraient la position du client; aussi ne voit-on nulle part une semblable intervention autorisée. Nous croyons donc qu'une interven-

tion de la part d'un huissier ne serait pas recevable et devrait être rejetée *de plano;* et si l'avoué soutenait avoir acquitté les frais de l'huissier, il s'élèverait donc de nouveaux débats entre les deux officiers ministériels. Que de motifs on trouverait pour rejeter une semblable procédure qui ne pourrait pas d'ailleurs s'introduire sans la constitution d'un avoué. La seule marche qui nous paraisse régulière, si toutefois l'huissier conçoit des inquiétudes, ce qui ne peut arriver que bien rarement, c'est de former opposition entre les mains de la partie condamnée; cette opposition conservera tout aussi bien ses droits qu'une demande en distraction, en supposant que celle-ci soit permise et entraînera moins de frais. M. DALLOZ, t. 9, p. 672, n° 1, professe entièrement notre avis.

Quant à la distribution des deniers entre les divers officiers ministériels qui ont coopéré à la procédure, nous croyons juste, comme M. Pigeau, d'appliquer l'art. 1849 du Code civil.]]

[[**570** ter. *Si les frais ont été payés en vertu de la distraction ordonnée par un jugement, et que ce jugement vienne à être réformé, cassé, ou rétracté par une voie quelconque, l'avoué sera-t-il personnellement tenu à les restituer? L'appel ou l'opposition seraient-ils du moins suspensifs des poursuites de l'avoué?*

Quant à la restitution, elle ne doit jamais avoir lieu. La partie qui a payé l'avoué de son adversaire ne peut avoir de recours que contre celui-ci. L'avoué n'a reçu que ce qui lui était dû, comment pourrait-il être tenu de le rendre? La rétractation du jugement ne change rien à la créance, elle ne fait que modifier les droits et les obligations des parties entre elles.

Si la partie condamnée avait payé entre les mains de son adversaire, et que ce dernier eût ensuite versé dans celles de son avoué, assurément on n'élèverait pas la prétention d'imposer une restitution à cet officier ministériel. Eh bien! la position est la même; l'avoué a reçu, il est vrai, directement de la partie condamnée, mais il a reçu en qualité de mandataire de sa propre partie, seulement mandataire *in rem suam;* la distraction n'a été qu'une voie abrégée pour éviter le circuit de paiement.

D'un autre côté, n'ayant reçu que ce qui lui appartenait, l'avoué peut, à bon droit, invoquer ce principe : ***Repetitio nulla est ab eo qui suum recepit tametsi ab alio quàm a vero debitore solutum sit,*** L. 44, ff. *de Condictione indebiti* (art. 1238, Code civil). Le paiement doit toujours être irrévocable à son égard, quel que soit le payant, pourvu qu'il n'ait reçu que le montant de sa créance.

C'est ainsi que l'ont jugé les Cours de Paris, le 14 avril 1806 (*J. Av.*, t. 5, p. 261), et de Cassation, le 16 mars 1807 (*J. Av.*, ibid.) (1), et que l'enseignent MM. PONCET, *Jugements*, t. 1, p. 474, n° 293, FAVARD DE LANGLADE, t. 3, p. 163, n° 18; DALLOZ, t. 9, p. 675, n° 13; PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 318; BONCENNE, t. 2, p. 572, et BOITARD, t. 1, p. 540.

Ces décisions et ces auteurs n'envisagent que le cas où il s'agit d'un arrêt ou d'un jugement en dernier ressort qui aurait été cassé ou rétracté. Mais les mêmes raisons sont applicables au jugement en premier ressort réformé sur l'appel, si, malgré cet appel, la partie condamnée a payé les frais. La Cour de Florence l'a ainsi décidé, le 18 avril 1812 (*J. Av.*, t. 5 p. 309), encore que le

---

(1) [M. CRIVELLI sur PIGEAU, *Proc. civ.*, 3e part., tit. 5, ch. 5, art. 3, à la note, fait néanmoins observer, avec raison, que cet arrêt de la Cour de cassation ne juge pas formellement la question; mais elle l'avait été *in terminis* par l'arrêt de Paris, contre lequel était dirigé le pourvoi que rejeta la Cour de cassation.]

paiement eût été fait à un avoué qui n'avait pas obtenu la distraction. A bien plus forte raison, aurait-elle prononcé de même si cette distraction eût existé.

M. Poncet, *ubi suprà*, va plus loin; il enseigne que l'appel n'est point suspensif des poursuites de l'avoué qui a obtenu la distraction, et il critique, par conséquent, un arrêt de la Cour de Cassation du 12 avril 1820 (*J. Av.*, t. 5, p. 364), qui a jugé le contraire. D'après cet auteur, la distraction est totalement indépendante du sort du jugement qui la prononce, parce qu'elle est prononcée au profit d'un tiers, qui n'est point partie dans la cause et contre lequel l'appel ne peut être dirigé.

Cette doctrine nous paraît inadmissible

L'avoué qui a reçu peut répondre à la partie qui réclame. « Je n'ai reçu qu ce qui m'appartenait, peu m'importe que vous n'en fussiez pas le débiteur.

« Mon titre contre vous n'est plus le jugement ou l'arrêt qui m'avait accordé la distraction, puisqu'ils ont été annulés; mais il consiste dans le fait d'un paiement effectué pour une créance réelle : *repetitio nulla est, etc.* »

Mais à l'avoué qui poursuit, malgré l'appel, le paiement de ses frais, la partie appelante peut répondre: « Sans doute les frais vous sont dus, mais ce n'est pas moi qui vous les dois; votre seul titre, c'est le jugement qui vous accorde la distraction. Or, ce jugement ne peut produire aucun effet contre moi, il est suspendu à mon égard par l'appel que j'en ai interjeté. »

Ainsi, l'avoué a un titre, dans le premier cas, pour echapper à la restitution; dans le second, il n'en a pas pour exiger le paiement. Il ne faut donc point, comme le fait M. Poncet, argumenter d'un cas à l'autre.

Cette vérité, que l'appel est suspensif, même vis-à-vis de l'avoué qui a obtenu la distraction. est reconnue par MM. FAVARD DE LANGLADE, t. 3, p. 162, n° 18; THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 257; BONGENNE, t. 2, p. 572, et BOITARD, t. 1, p. 539; et la Cour de Bourges n'a pas eu tort de décider, le 20 avril 1818 (*J. Av.*, t. 5, p. 364), que l'avoué qui la méconnaît peut être condamné à des dommages-intérêts.

Mais aussi, si l'appelant renonce à l'appel, par transaction ou autrement, le jugement reprend toute sa force en faveur de l'avoué; on ne peut lui opposer les actes et arrangements intervenus entre les parties sur l'instance d'appel. Il conserve dans toute son étendue le bénéfice de la distraction. Un arrêt de la Cour de Lyon du 2 juin 1831 (*J. Av.*, t. 42, p. 139), suppose ce principe, sans le professer d'une manière bien formelle. Le même arrêt décide que l'avoué de première instance, qui a obtenu la distraction des dépens, ne peut intervenir sur l'appel pour surveiller ses droits. Dans l'espèce, il n'y avait pas grand intérêt, puisque la transaction, à laquelle il voulait s'opposer, n'était pas, d'après ce que nous venons de dire, susceptible de lui nuire. Comme il est certain que le résultat de l'appel peut être d'affranchir l'appelant de toutes condamnations, même à l'égard de l'avoué, il nous paraît incontestable que l'intervention de celui-ci doit être reçue à ses frais et dépens; dans tous les cas, il est dans la position de tout créancier qui veut surveiller la procédure d'appel d'une cause qui l'intéresse vivement. On ne peut dire qu'il se met en opposition avec l'art. 466 du Code de procédure civile. Ne figurait-il pas en première instance, puisque le jugement contient une disposition qui lui est personnelle?]] **Supp. alph.**, v° *Frais et dépens*, n. 162 et suiv.

Supp. alph., v° *Frais et dépens*, n. 167 et suiv. *Voie de recours en matière de distraction de dépens.* Q 570 *quater.*

ART. 134. S'il a été formé une demande provisoire, et que la cause soit en état sur le provisoire et sur le fond, les juges seront tenus de prononcer sur le tout par un seul jugement.

Ordonnance de 1667, tit. 17, art. 17, 1re disposition.—Code de proc., art. 172, 288, 338.—[Notre Dict.

gén. de proc., v° *Intervention*, n° 141.—Carré. *Compétence*, 2e part., liv. II tit. 1er, chap. 1er, art. 231 *Q.* 210, éd. in-8°, t. 3, p. 344. — QUESTIONS TRAITÉES: A quelle époque et comment les demandes provisoires doivent-elles être formées? *Q.* 571. — En quelles affaires y a-t-il particulièrement lieu à l'application de l'art. 134? *Q.* 572.— Où est l'utilité de statuer sur le provisoire lorsque le fond reçoit jugement? *Q.* 572 *bis*. — Les juges peuvent-ils statuer d'office sur un provisoire qui n'a pas été demandé? *Q.* 573.—Un tribunal peut-il, en se déclarant incompétent pour le fond, statuer sur le provisoire? *Q.* 574.—Peut-on adjuger un provisoire sur l'appel? Le peut-on même sur l'appel d'un jugement de renvoi avant d'y statuer? *Q.* 575.]

XCVI. Pour l'intelligence de cet article, il est d'autant plus nécessaire de bien déterminer ce qu'on doit entendre par demande provisoire, que le Code de procédure ne l'a point définie, et n'a point précisé le cas où une demande aurait ce caractère.

Les commentateurs de l'ordonnance de 1667 ont presque toujours confondu les demandes provisoires avec les matières célères. Ainsi, Jousse, sur le tit. 17, disait que ces demandes étaient toutes celles qui requéraient célérité, et où il y aurait péril en la demeure.

Telle n'est pas, selon nous, la définition qu'il convient de donner sous l'empire de notre Code de procédure.

Il nous paraît évident, d'après les art. 134, 404, 451 et 806, que le législateur n'entend qualifier de demandes *provisoires* que celles-là seulement dont l'objet est d'obtenir, avant la decision d'un procès né ou à naître, la jouissance ou la détention, en totalité ou en partie, de la chose contestée, ou de faire ordonner, pour en prévenir la perte ou le divertissement, des mesures plus ou moins urgentes, suivant les circonstances (1).

[[Cette définition des demandes provisoires est exacte et adoptée par tous les auteurs modernes, elle est sanctionnée d'ailleurs par la pratique constante de tous les tribunaux. M. PIGEAU, *Proc. civ.*, t. 1, à l'art. 1 de la *Section des jugements provisoires*, donne divers exemples.]]

L'art. 134 veut, comme l'ordonnance de 1667, que le provisoire et le fond, c'est-à-dire le surplus des conclusions, soient jugés ensemble, s'ils sont tous

---

(1) Toute demande provisoire est sommaire de sa nature, en ce sens qu'elle est soumise à une procédure plus simple; mais toute demande sommaire n'est pas provisoire. (*V.* art. 404 et 405.)

En général, les demandes provisoires ne peuvent être portées que devant le juge compétent pour prononcer sur le principal ou le fond auquel elles se rattachent. Il est cependant des cas où, en considération de l'urgence, elles peuvent être décidées par le président seul, sans assistance de juges; mais c'est par exception.

Nous parlerons de ces cas sur l'art. 806.

On pourrait demander maintenant dans quelle classe on placera les autres matières que l'on était autrefois dans l'usage d'appeler provisoires. Nous répondons que toutes ces matières sont classées parmi les matières *sommaires*, en vertu de l'art. 404.

En effet, cet article répute telles les demandes provisoires *ou qui requièrent célérité*. C'est une preuve que l'on ne doit plus considérer comme *provisoires* les demandes *célères*, puisque la loi les en sépare par une disjonctive, et qu'ainsi toute demande que l'on appelait *provisoire* rentre dans la classe générale des demandes *célères*.

Mais il ne faut pas perdre de vue que, par une conséquence directe de l'art. 134, une demande, bien qu'elle soit *provisoire* de sa nature, ne doit être jugée avant le fond qu'autant qu'elle requiert elle-même *célérité*; ce que la loi laisse à décider au juge, puisqu'elle n'a point précisé le cas d'urgence (*V.* au reste nos questions sur l'art. 404.)

Il faut remarquer encore que si, d'après les observations précédentes, il est permis de dire que les jugements provisoires sont en général de nature à requérir l'exécution provisoire, néanmoins cette exécution n'a pas lieu de plein droit; qu'elle doit être ordonnée par le juge, qui peut, en certains cas, l'accorder ou la refuser, comme on le verra sur l'article suivant : c'est en quoi l'exécution provisoire doit être distinguée des jugements provisoires.

[Nous pensons au contraire que de tels jugements sont de plein droit exécutoires par provision. (*V.* la *Quest.* 585.)]

deux en état; autrement, si l'affaire est suffisamment instruite et sur le provisoire et sur le définitif, il serait superflu de s'arrêter à prouver qu'il serait frustratoire de statuer séparément.

571. *A quelle époque et comment les demandes provisoires doivent-elles être formées?*

Elles peuvent être formées,

1° *Avant la demande principale*, et alors, suivant les circonstances, on appelle en référé ou l'on cite à l'audience;

2° *En même temps que la demande principale;* et pour cela l'on donne dans l'exploit, et en vertu de permission accordée par le juge sur requête préalable expédiée par le président, assignation à comparaître, à bref délai fixé par l'ordonnance, pour voir statuer sur le provisoire, et à délai ordinaire pour entendre juger sur le fond;

3° *Après la demande principale;* mais s'il s'agit d'une affaire sommaire, la demande provisoire, étant incidente, est formée conformément à l'art. 406. Dans le cas contraire, si c'est le défendeur au principal qui se rend demandeur au provisoire, il établit sa demande par ses défenses au fond; si c'est le demandeur, il l'établit dans ses répliques.

Mais en tous les cas cette demande peut être formée immédiatement avant le jugement du fond, et postérieurement aux demandes et réponses; alors elle devient une demande incidente qui s'établit, et à laquelle on défend, suivant l'art. 337, c'est-à-dire par un simple acte.

[[Ces principes sont enseignés, avec raison, par MM. PIGEAU, *Proc. civ.*, à l'art. 2 de la *Section des jugements provisoires*, et BOITARD, t. 1, p. 546. Devant la Cour de Poitiers, on soutenait que la demande provisoire suppose toujours une demande principale déjà intentée, et que, par conséquent, celle-là est irrecevable si elle est formée avant celle-ci; mais cette prétention fut repoussée par un arrêt du 16 décembre 1829 (*J. Av.*, t. 38, p. 8), qui décida que l'article 134 n'excluait pas le cas où les circonstances exigent que la demande provisoire soit formée de suite et sans attendre qu'on ait attaqué le fond.]]

572. *En quelles affaires y a-t-il particulièrement lieu à l'application de l'article* 134?

Cet article, dans la vue d'économiser les frais, veut que les juges prononcent sur le provisoire et sur le fond, quand la cause est en état sur l'un et sur l'autre.

Mais cette disposition ne peut guère recevoir son application que dans le cas où le principal est lui-même matière sommaire (1).

---

(1) Dans ces matières, en effet, le provisoire et le fond sont presque toujours en état en même temps, parce que la loi n'admet en ces matières aucunes écritures, et qu'elles doivent être jugées à l'expiration des délais sur la citation. Si cependant il y avait lieu à ordonner une enquête, ou s'il s'élevait quelques incidents de nature à éloigner le jugement du fond, il faudrait commencer par prononcer sur le provisoire. (*V.* DEMIAU-CROUZILHAC, p. 120, et RODIER, sur le tit. 17, art. 17 de l'ordonnance de 1667.)

Dans les affaires ordinaires, il y a presque toujours lieu à statuer séparément et préalablement sur le provisoire, à moins que la demande qui en serait formée ne l'ait été dans le cours de l'instance, et à une époque où l'instruction serait complète sur le fond.

[On ne peut poser de règles fixes à cet égard; l'article est général, et son application dépend des circonstances de la procédure.]

[[Tous les auteurs conviennent que ceci est subordonné aux circonstances.]]

[[**572** bis. *Où est l'utilité de statuer sur le provisoire, lorsque le fond reçoit jugement?*

Il semblerait d'abord que, le provisoire n'étant destiné qu'à prendre des mesures transitoires que le jugement du principal doit faire cesser, il n'y a pas lieu à s'occuper du premier, lorsque le second est définitivement évacué.

Mais, comme M. BOITARD, t. 1, p. 548 et suiv., le fait judicieusement observer, n'est-il pas nécessaire de statuer sur les dépens de l'incident? et ces dépens ne seront-ils pas à la charge de l'une ou de l'autre des parties, selon que la demande provisoire aura été originairement bien ou mal fondée.

D'ailleurs, ne se peut-il pas que l'exécution du jugement sur le fond soit retardée par un appel, et qu'il y ait nécessité de prendre, pendant la durée de l'instance d'appel, ces mesures provisoires, que l'on demandait durant le cours du premier procès?]]

573. *Les juges peuvent-ils statuer d'office sur un provisoire qui n'a pas été demandé?*

« Pour obtenir le provisoire, dit M. Pigeau, *ubi suprà*, il faut le demander : « le juge ne peut l'ordonner d'office; cette règle a toujours lieu quand il ne « s'agit que de l'intérêt privé : c'est en effet à celui qui est lésé à réclamer. »

Mais le même auteur, expliquant cette proposition à la page suivante, dit que celui qui demande l'objet de la contestation ou du fond est toujours censé demander le provisoire, parce que celui qui demande le plus est censé demander le moins.

Cette raison ne nous paraît pas suffisante pour concilier la solution de l'auteur avec le principe que le juge ne peut suppléer un provisoire d'office; quoi qu'il en soit, nous reconnaîtrons qu'il est certains chefs qui pourraient être l'objet d'une demande provisoire, suivant la définition donnée ci-dessus, et sur lesquels le juge pourrait statuer d'office; mais il le ferait moins par le motif que la demande en aurait été implicitement formée, que par la considération de leur urgence et de l'intérêt des deux parties. Tel est le cas du séquestre rapporté par Pigeau lui-même, et d'autres mesures conservatoires : c'est aussi ce qui se pratique généralement.

[[Cette dernière opinion, que nous croyons juste, est partagée par M. FAVARD DE LANGLADE, t. 3, p. 162, n° 19.]]

574. *Un tribunal peut-il, en se déclarant incompétent pour le fond, statuer sur le provisoire?*

Non; la conséquence directe de l'incompétence d'un tribunal sur le principal est qu'il est également incompétent sur le provisoire. (V. *Nouv. Rép.*, au mot *Provision*, t. 10, p. 228; DEMIAU-CROUZILHAC, p. 120.)

[[M. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 319, appuie cette opinion, à laquelle nous adhérons, d'un arrêt de la Cour de cassation du 19 février 1800, rapporté par SIREY, t. 7, 2e part., p. 1013.]]

575. *Peut-on adjuger un provisoire sur l'appel? Le peut-on même sur l'appel d'un jugement de renvoi avant d'y statuer?*

Oui, parce qu'il est de principe qu'en tout état de cause, il peut et doit être statué sur les demandes en provision, *lorsque l'urgence en est reconnue*, comme

nous l'avons dit à la note de la *Quest.* 570. (V. *Nouv. Rép.*, ibidem; *voyez* aussi les questions sur l'art. 464.)

[[Cela ne peut souffrir de difficulté.]]

ART. 135. L'exécution provisoire sans caution sera ordonnée, s'il y a titre *authentique* (1), promesse *reconnue* (2), ou condamnation précédente *par jugement dont il n'y ait point d'appel* (3);

L'exécution provisoire pourra être ordonnée, avec ou sans caution, lorsqu'il s'agira,

1° *D'apposition et levée de scellés* (4), ou confection *d'inventaire* (5);

2° *De réparations urgentes* (6);

3° *D'expulsion des lieux* (7), lorsqu'il n'y a pas de bail ou que le bail est expiré;

4° De séquestres, commissaires et gardiens (8):

5° *De réception de cautions et certificateurs* (9);

6° De nomination de *tuteurs, curateurs et autres administrateurs, et de reddition de compte* (10);

7° *De pensions* (11) *ou autres provisions alimentaires.*

Ordonnance de 1667, tit. 17, art. 15.—Code de proc., art. 17, 137, 155, 439, 457, 809, 1024.—[Notre Dict. gén. de Proc., vis *Contrainte par corps*, n° 391; *Exécution provisoire*, n°s 1 à 22, 24 à 55, 57, 58, 61 à 64, 67, 82, 83, 93, 94, 95, 105, 107, 108, 111; *Saisie immobilière*, n° 19.—Devillenevve, v° *Exécution provisoire*, n°s 1 à 17.— Arm. Dalloz, *eod.*, n°s 1 à 46. — Carré, *Compétence*, 2e part., liv. III, tit. 7, chap. 2, sect. 2, éd. in-8°, t. 8, p. 234. — Locré, t. 21, p. 275, n° 23, p. 352, n° 13, p. 424, n° 77, et p. 535, n° 33. — QUESTIONS TRAITÉES : Les dispositions de l'art. 135 ne sont-elles applicables que dans les tribunaux de première instance? 576. — Peut-on ordonner l'exécution provisoire pour titre authentique, lorsque la partie adverse oppose de son côté un titre pareillement authentique et qu'il s'agit de juger la préférence que l'on doit avoir sur l'autre? En général, lorsque le titre authentique est contesté? *Q.* 577. — Qu'exprime, dans la première disposition de l'art. 135, les mots *promesse reconnue?* *Q.* 578. — L'exécution provisoire en vertu d'un acte authentique peut-elle être ordonnée contre un tiers non partie dans cet acte? Les jugements exécutoires par provision, qui ordonnent un paiement à faire par un tiers, peuvent-ils être exécutés par ou contre ce tiers nonobstant appel? *Q.* 578 *bis.* — La contrainte par corps prononcée par un jugement provisoirement exécutoire, peut-elle aussi être exécutée par provision? *Q.* 578 *ter.*—Si une partie fait défaut, y a-t-il lieu à déclarer que la promesse sera tenue pour reconnue, et, par conséquent, à ordonner l'exécution provisoire? *Q.* 579.—Pourrait-on ordonner l'exécution sans caution, si la créance qui est l'objet de la condamnation a été reconnue en bureau de paix? *Q.* 580. — Est-il des cas où l'exécution provisoire

---

(1) *Authentique. V.* C. civ., art. 1317 et 1319.

(2) *Reconnue. V.* C. civ., art. 1322; C. de proc., art. 193.

(3) On peut être d'abord embarrassé pour concevoir comment il se fait qu'un jugement dont il n'y a point eu d'appel puisse ensuite donner lieu à un autre jugement; c'est ce qui arrive, par exemple, lorsqu'il s'est élevé des difficultés sur l'exécution du premier jugement. Ainsi, *Titius* a été condamné sans appel à payer à *Mævius* une somme quelconque; comme *Titius* ne la paie pas, *Mævius* fait saisir ses meubles; mais le saisi prétend que la saisie est nulle; le saisissant se pourvoit pour la faire déclarer valable; un second jugement la déclare telle, et prononce qu'elle aura tous ses effets : en conformité de notre article, il ordonnera l'exécution provisoire, nonobstant l'appel, parce que le second jugement est fondé sur le premier, et ne statue que sur son exécution.

(4) *Apposition et levée de scellés. V.* C. de proc., art. 921 et 930.

(5) *D'inventaire. V.* C. de proc., art. 941 et 942.

(6) *Réparations. V.* C. civ., art. 1754 et 1756.

(7) *Expulsion des lieux. V.* nos questions sur l'art. 819, et C. civ., art. 1743 et 2060

(8) *Séquestre*, etc. *V.* C. civ., art. 1955 et suiv.

(9) *Cautions*, etc. *V.* C. civ., art. 517 et suiv.; C. de proc., art. 439, 440.

(10) *Tuteurs*, etc. *V.* le titre des *Avis de Parents* et celui des *Redditions de compte.*

(11) *Pensions*, etc. *V.* le titre des *Séparations de corps*, et l'art. 459.

aurait lieu de plein droit, et sans qu'elle eût été ordonnée? *Q.* 581. — Mais en est-il de même pour les cas mentionnés en la première disposition de l'art. 135, en sorte que le jugement serait exécutoire par provision, en vertu de cette disposition? *Q.* 582. — L'exécution provisoire ne peut-elle être ordonnée qu'autant qu'elle a été demandée? *Q.* 583. — La demande d'exécution provisoire doit-elle, à peine d'irrecevabilité, être formée dans l'exploit introductif d'instance? *Q* 583 *bis.* — Est-il de exceptions à l'obligation où sont les juges, d'après la disposition de l'art. 135 d'ordonner l'exécution provisoire? *Q.* 584. — La seconde disposition de l'art. 135. est-elle limitative en sorte qu'on ne puisse l'appliquer à d'autres cas que ceux qu'elle exprime? *Q.* 585. — Dans le cas où, conformément à cette disposition, le juge peut ordonner l'exécution provisoire, est-il tenu de ne l'accorder qu'avec caution? *Q* 586. — Un tribunal qui a ordonné l'exécution provisoire peut-il la suspendre par un second jugement? *Q.* 587. — Celui qui a exécuté un jugement exécutoire par provision, doit-il des dommages-intérêts pour le préjudice causé par cette exécution, lorsque le jugement est réformé sur l'appel? *Q.* 587 *bis.* — L'exécution provisoire peut-elle être ordonnée nonobstant opposition ou appel, ou seulement nonobstant appel? *Q.* 588. — Le jugement qui n'emporte pas exécution provisoire ne peut-il être exécuté tout le temps que dure le délai d'appel? *Q.* 588 *bis.* — Peut-on ordonner l'exécution d'un jugement sur la minute? *Q.* 588 *ter.* — Quelles sont les espèces particulières auxquelles la jurisprudence a cru devoir appliquer les dispositions de l'art. 135? *Q.* 588 *quater.*]

XCVII. On voit par cet article qu'il est des cas dans lesquels les juges doivent, et d'autres où ils peuvent ordonner l'exécution provisoire d'une condamnation.

Dans ceux où ils sont tenus aujourd'hui de prononcer l'exécution provisoire, l'ordonnance de 1667, tit. 15, art. 17, voulait qu'elle n'eût lieu qu'en donnant caution. Le Code décide le contraire, par application de la maxime que *la provision est due au titre :* d'où suit la conséquence nécessaire que, tant qu'il n'est pas argué de faux, la confiance qu'il mérite ne permet pas de soumettre celui qui en est muni aux difficultés de trouver une caution : il est évident que la condamnation est juste et bien appliquée.

Dans les autres cas, où l'exécution provisoire n'est que facultative, le législateur a dû s'en rapporter à la conscience des juges, ainsi qu'à leur expérience. Ce sont des matières qui toutes requièrent célérité; et, par ce motif, l'exécution d'un jugement peut alors être ordonnée avec ou sans caution, suivant les circonstances. Il ne faut pas, en effet, que celui qui se trouve hors d'état de donner une caution, soit privé du bienfait de l'exécution provisoire, quand elle est reconnue nécessaire. (*Exp. des motifs* et *Rapp. au Corps législ.*)

Supp., p. 158.

576. *Les dispositions de l'art.* 135 *ne sont-elles applicables que dans les tribunaux de première instance?*

Oui, 1° parce que l'art. 17 porte que les jugements des juges de paix, jusqu'à concurrence de 300 francs, seront exécutoires par provision, et sans qu'il soit besoin de fournir caution, et que, dans tous autres cas, ces juges peuvent ordonner l'exécution sous cautionnement. (*V.* la 78e *Quest.*)

[[*Voyez*, sous l'art. 17, les modifications qu'il a subies, par l'effet des art. 11 et 12 de la loi du 25 mai 1838.]]

2° Parce que l'art. 439 renferme des règles particulières sur l'exécution provisoire des jugements des tribunaux de commerce. (*V.* les questions sur cet article.)

3° Parce que les arrêts des Cours royales n'étant sujets qu'au pourvoi en cassation, il n'y a point lieu à ordonner l'exécution provisoire, ce pourvoi n'étant point suspensif en matière civile (1).

[[Ces justes observations sont reproduites par MM. FAVARD DE LANGLADE, t. 3, p. 162, n° 20, et BOITARD, t. 1, p. 553 et 565.]] **Supp. alph.**, v° *Exécution provisoire*, n. 1 et suiv.

---

(1) [Mais l'exécution provisoire, nonobstant opposition, n'est-elle pas applicable aux arrêts par défaut? (*V.* la *Quest.* 588.)]

577. *Peut-on ordonner l'exécution provisoire pour titre authentique, lorsque la partie adverse oppose de son côté un titre pareillement authentique, et qu'il s'agit de juger la préférence que l'un doit avoir sur l'autre ?*

[[*En général lorsque le titre authentique est contesté ?*]]

Nous ne le pensons pas, attendu que la première disposition de l'art. 13 n'a été portée qu'en faveur d'un titre non contesté, ni quant à sa forme, ni quant aux effets qu'il doit produire comme acte authentique. Or, si l'on oppose à un titre authentique un titre de même nature, et que l'un et l'autre se détruisent réciproquement, il y a contestation sur ce titre, et par conséquent, on ne peut prononcer l'exécution provisoire sans caution. Tel est aussi l'avis de M. Thomine, dans ses cahiers dictés en la faculté de Caen.

Si le titre authentique qui résulte d'un arrêt est modifié dans son contenu par une transaction qui le remplace, cette transaction est le seul titre actuel au moins apparent. Si donc il est attaqué, comme la provision lui est due durant la *litispendance* sur sa validité, le jugement qui interviendrait sur l'exécution de l'arrêt ne peut être déclaré exécutoire sans caution.

Ainsi, aux termes de l'art. 459, la Cour pourrait suspendre cette exécution ; Rennes, 23 septembre 1815 (*J. Av.*, t. 12, p. 504). Par exemple, on poursuit l'exécution d'un arrêt devant un tribunal civil ; la partie oppose une transaction intervenue sur cet arrêt, et prétend que cette transaction est désormais le seul titre qu'on puisse lui opposer ; cependant le tribunal, sans égard à la transaction, statue sur la demande, et ordonne l'exécution sans caution, parce qu'il y a *titre authentique*. Il n'est pas fondé à prononcer de la sorte, puisque la transaction est le seul titre apparent, jusqu'à ce qu'elle soit annulée (1).

[[Quelques auteurs et quelques arrêts ont décidé, comme M. Carré, que la disposition de l'art. 135 n'était plus applicable, lorsque le titre authentique dont on argumente était contesté, soit dans la forme, soit au fond.

Parmi ces décisions néanmoins, il en est qui déclarent l'exécution provisoire admissible lorsque la contestation dont le titre est l'objet ne mérite pas un examen sérieux, mais qui la refusent lorsque cette contestation est grave et peut souffrir des difficultés. Quoique adopté par M. THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 260, ce terme moyen ne nous paraît pas raisonnable. Il aurait pour effet d'abandonner à l'arbitraire des magistrats un point que la loi, au contraire, a voulu régler de la manière la plus positive.

Quant à l'opinion extrême que nous avons d'abord signalée, nous n'hésitons pas à la déclarer formellement en opposition avec le texte de la loi que nous examinons.

Ce texte, en effet, ne distingue point entre les divers titres authentiques, celui qui est contesté de celui qui n'est l'objet d'aucune attaque. Il ne pouvait pas même faire cette distinction ; car, lorsqu'il existe un titre authentique, il est difficile, à moins que ce titre ne soit attaqué, qu'il y ait matière à décision judiciaire. C'est par la voie d'exécution que l'on procède alors, et, aucune demande n'étant formée, la justice n'est point appelée à prononcer.

Toutes les fois donc qu'une condamnation judiciaire aura lieu sur le fondement d'un titre authentique, elle sera la suite d'une décision rendue sur une contestation dont ce titre était l'objet. Si l'exécution provisoire n'était

(1) Cette opinion a été consacrée par arrêt de la Cour de Rennes, le 15 septembre 1819 (*J. Av.*, t. 4, p. 556).

pas de règle dans ce cas, on ne voit pas à quels jugements s'appliquerait la première partie de l'art. 135

On dira vainement qu'il est certaines constestations qui portent sur l'authenticité même du titre, qui tendent à lui enlever ce caractère auquel l'art.135 accorde le privilège de l'exécution provisoire; que celles-là du moins doivent faire exception à la règle, comme l'a jugé la Cour de Nîmes, par un arrêt du 18 novembre 1807 (*J. Av.*, t. 12, p. 614), approuvé par MM. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 321; FAVARD DE LANGLADE, t. 3, p. 163, n° 22, et BERRIAT SAINT-PRIX; p. 57, n° 69.

Qu'importe, en effet, que l'authenticité soit contestée, si le tribunal ne fait pas droit à cette contestation? N'est-il pas juge de son fondement? Et, lorsqu'il la rejette, peut-il se dispenser de prononcer tous les effets de sa décision? Si cette décision déclare et reconnaît le titre authentique, lui est-il permis d'agir ensuite contrairement à ce qu'il a reconnu, de prendre les mêmes précautions que si le titre n'était pas authentique? Serait-il raisonnable et légal qu'on lui en imposât l'obligation?

Cette réponse, qui nous semble invincible, peut être également adressée dans les diverses espèces que proposent soit les auteurs, soit les arrêts.

On dit: deux titres authentiques étaient en présence; il s'agissait de prononcer auquel des deux était due la préférence, cette contrariété n'enlève-t-elle pas à chacun le caractère de certitude qui emporterait l'exécution provisoire? Non, parce que le tribunal, en prononçant entre les deux, admet l'un, rejette l'autre; que dès lors il n'y a plus conflit: un seul des titres demeure avec toutes les prérogatives que sa forme authentique lui attribue; l'exécution provisoire sans caution doit appartenir au jugement qui intervient.

La décision du tribunal sur la préférence entre les deux titres est, objecte-t-on, sujette à l'appel et peut être réformée: sans doute, mais il en est bien de même de tous les cas, quels qu'ils soient, ou l'exécution provisoire est ordonnée par la loi, le jugement qu'il s'agit d'exécuter provisoirement est nécessairement sujet à l'appel; car sans cela, il n'y aurait pas de question puisqu'il serait immédiatement susceptible d'une exécution définitive; ainsi cette objection n'a aucune portée.

La possession annale, dit-on encore, lorsqu'elle est contraire au titre, doit l'empêcher de recevoir l'exécution provisoire; car il est de principe que la provision est due à la possession. Ce principe n'est applicable qu'en matière d'action possessoire, Rennes, 21 juin 1816 (*J. Av.*, t. 15, p. 35), encore avec certaines modifications fondées sur les règles que nous avons développées au n° 101 *bis*. D'ailleurs, il ne doit servir qu'à régler la décision du juge, et lui indiquer le parti qu'il doit prendre entre les deux contendants; mais une fois cette décision rendue, le principe en question n'en peut modifier les effets. Si le juge préfère le titre, la possession n'a plus aucune puissance.

On objecte encore les termes de l'art. 439, qui, s'occupant de l'exécution provisoire des jugements en matière commerciale, ne la permet que lorsqu'il y a un *titre non attaqué*: ces expressions, disent les partisans du système que nous combattons, doivent servir à l'interprétation de l'art. 135; l'une de ces dispositions ne doit pas être entendue dans un sens plus large que l'autre. C'est la conséquence directement opposée qui nous semble résulter de la différence de rédaction entre les deux articles: la restriction exprimée dans un cas l'aurait été aussi dans l'autre, si le législateur avait voulu la rendre commune à tous les deux.

Mais il est bien facile d'ailleurs d'apprécier le motif de cette difference: l'art. 135 ne parle que des titres authentiques, l'art. 439 des titres en général; or les titres privés compris sous la disposition de l'art. 439 ne peuvent opposer, à la suspicion que fait naître l'attaque dont ils sont l'objet, un caractère

public qui légitime l'exécution provisoire; d'un autre côté, ces titres privés peuvent, quoique non contestés, donner lieu à une instance judiciaire; cela est même nécessaire pour les rendre exécutoires. Il fallait donc faire, dans l'art. 439, une distinction que ne pouvait, que ne devait pas même comporter l'art. 135.

L'opinion de M. Carré, que nous ne croyons pas devoir adopter, a été cependant consacrée par les arrêts des Cours de Metz, 14 juin 1812 (*J. Av.*, t. 12, p. 539, 6e espèce); Rennes, 4 mars 1817 (*J. Av.*, t. 12, p. 653); Limoges, 13 mars 1816 (*J. Av.*, t. 12, p. 623), Metz, 11 mars 1824 (*J. Av.*, t. 28, p. 103), Pau, 25 juillet 1827 (TAJAN, t. 15, p. 448), et Bruxelles, 23 mai 1832 (*Journ.* de cette Cour, t. 1, de 1832, p. 275). Ce dernier arrêt, dans l'espèce duquel il s'agissait d'un testament authentique dont on avait demandé la nullité, se borne pourtant a décider que l'exécution provisoire du jugement qui déboutait de ce moyen de nullité n'aurait dû être prononcée qu'avec les précautions convenables pour conserver les droits de l'héritier du sang, un inventaire, par exemple, des objets qui composaient la succession. M. THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 260 et 261, appuie également l'opinion M. Carré.

Mais, à l'exception de la légère distinction signalée plus haut, MM. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 320, et FAVARD DE LANGLADE, t. 3, p. 163, n° 22, adoptent notre système, que partage et soutient, dans toute son étendue, M. BOITARD, t. 1, p. 556 et 557, et qu'ont sanctionné les arrêts d'Agen, 5 mai 1824 (*J. Av.*, t. 27, p. 155), de Bordeaux, 9 septembre 1829, et 19 août 1835 (*J. Av.*, t. 40, p. 28, et t. 50, p. 161), et d'Orléans, 11 février 1835 (*J. Av.*, t, 48, p, 372).]] **Supp. alph.**, v° *Exécution provisoire*, n. 5 et suiv.

578. *Qu'exprime, dans la première disposition de l'art.* 135, *les mots* PROMESSE RECONNUE?

D'après un arrêt de la Cour de Rennes du 14 octobre 1815, ce mot *promesse* n'exprime qu'une promesse écrite, antérieure a l'instance, et non pas une promesse verbale, ou que l'on ferait résulter d'un acquiescement tacite également antérieur.

Nous croyons très exacte cette application du mot promesse; mais quand la promesse écrite sera-t-elle reconnue? Ce sera lorsqu'elle n'aura pas été méconnue, c'est-à-dire déniée pendant l'instance; car la reconnaissance tacite de la partie qui ne conteste pas lorsqu'elle est en instance autorise à en ordonner l'exécution sans caution. (*Voy.* le numéro suivant).

[[La promesse reconnue est celle qui dérive d'un titre privé, dont la sincérité, en tant qu'écriture ou signature, est avouée par celui auquel on l'attribue, ou légalement tenue pour reconnue (art. 1322 du Code civil).

Ainsi, la contestation sur la validité intrinsèque du titre, ou sur l'interprétation de ses clauses, n'empêche pas qu'il ne se trouve dans l'espèce de l'article 135, comme l'ont jugé les Cours de Grenoble, 18 juillet 1809 (*J. Av.*, t. 12, p. 627); Bordeaux, 23 septembre 1829 (*J. Av.*, t. 39, p. 97); Pau. 24 juillet 1823 (*J. Av.*, t. 12, p. 664), et Bordeaux, 8 mai 1835 (*J. Av.*, t. 49, p. 468).

Quant au point de savoir si la promesse verbale peut aussi passer, dans certains cas, pour promesse reconnue, nous ne partageons pas l'opinion de M. Carré. La loi ne distingue point entre l'écrit et l'engagement verbal; et ne suffit-il pas, nous le demandons, que la promesse puisse être constatée d'une manière quelconque, pour devoir produire ses effets? Tel sera le cas d'un aveu judiciaire, qui fait pleine foi contre son auteur, d'après l'art. 1356 du Code civil. Telle est aussi l'opinion de M. VICTOR FOUCHER, dans son *Commentaire sur la loi des justices de paix*, p. 405, n° 410, et de notre savant collègue, M. BENECH, dans son *Traité des justices de paix*, p. 363, note 1.]] **Supp.**, p. 158.

[[**578** bis. *L'exécution provisoire, en vertu d'un acte authentique, peut-elle être ordonnée contre un tiers non partie dans cet acte? Les jugements exécutoires par provision, qui ordonnent un paiement à faire par un tiers, peuvent-ils être exécutés par ou contre ce tiers, nonobstant appel?*

M. PIGEAU, *Proc. civ.*, t. 1, au n° 1, 1° de l'art. 1er du chapitre des *Jugements sujets à l'appel*, et *Comm.*, t. 1, p. 321, enseigne la négative de la première question; elle a été adoptée par les Cours de Rouen, 12 août 1828 (*Journ.* de Rouen et Caen, t. 9, p. 371), et de Bordeaux, 1er août 1832. La raison qu'en donne cet auteur, c'est que l'acte authentique ne fait foi, d'après l'art. 1319, des conventions qu'il renferme, qu'entre les parties contractantes; mais ce n'est pas à la qualité des parties qui plaident, c'est à la nature de l'acte que l'art. 135 attache la prérogative de l'exécution provisoire. Puisqu'un jugement a reconnu cet acte valable, même vis-à-vis du tiers, il doit produire à son égard tous ses effets de titre authentique; en réalité, il ne doit plus être considéré comme *tiers*, puisqu'on a pu lui opposer cet acte avec avantage. Il faut bien prendre garde d'ailleurs que ce n'est pas l'acte isolé que l'on fait exécuter, c'est le jugement intervenu sur la contestation à laquelle cet acte a donné lieu; dès lors, toutes les difficultés qu'on aurait pu proposer contre l'acte ont été vidées : il demeure avec tous les privilèges de son authenticité. Nous pensons donc que le jugement, qui croit devoir ordonner son exécution, doit aussi ordonner qu'elle aura lieu provisoirement en vertu de l'art. 135.

Ainsi l'ont jugé les Cours d'Orléans, le 31 janvier 1821 (*J. Av.*, t. 19, p. 471), et de Bordeaux, le 5 mars 1831 (*J. Av.*, t. 41, p. 410), dans des espèces où il s'agissait de difficultés survenues entre saisissants, et où l'un d'eux obtenait gain de cause en vertu d'un acte authentique dont il était porteur contre le débiteur saisi. Le 19 juin 1835 (*J. Av.*, t. 50, p. 138), la même Cour de Bordeaux a décidé que le jugement qui ordonne le délaissement d'un immeuble par l'acquéreur en vertu d'un titre authentique, peut être déclaré exécutoire par provision aussi bien contre le sous-acquéreur que contre l'acquéreur lui-même : il est vrai que, dans ce cas, le sous-acquéreur est l'ayant cause de l'acquéreur. Enfin, il résulte d'un arrêt de la Cour de Pau du 24 juillet 1823 (*J. Av.*, t. 12, p. 664), que l'acte qui constitue une promesse reconnue à l'égard de l'obligé principal, en est également une envers le porte-fort.

Quant à la seconde question, elle diffère de la première, en ce qu'elle suppose que le tiers n'a pas été partie au jugement qu'il s'agit d'exécuter, mais qu'étant désintéressé dans l'affaire, il ne peut se refuser au paiement par des motifs personnels. Par arrêt du 14 mars 1837 (*J. P.*, t. 2 de 1837, p. 294), la Cour de Pau, se fondant sur l'art. 548 du Code de procédure civile, a décidé qu'à l'égard du tiers l'appel constituait un motif et même un devoir de ne pas opérer le paiement.

M. ACHILLE MORIN, avocat à la Cour de cassation, a développé le système contraire avec beaucoup de force dans une consultation du 15 octobre 1836 (*J. Av.*, t. 51, p. 519), dont l'autorité n'a pu néanmoins prévenir la décision précitée de la Cour de Pau.

Nous examinerons cette importante difficulté sous notre *Quest.* 1906 *bis*.

Si l'exécution provisoire était de nature à porter préjudice au tiers lui-même, il pourrait s'y opposer comme n'ayant pas été partie au jugement; Rennes, 27 août 1819 (*J. Av.*, t. 12, p. 659).]] **Supp. alph.**, v° *Exécut prov.*, n. 7 et 8.

[[**578** ter. *La contrainte par corps, prononcée par un jugement provisoirement exécutoire, peut-elle aussi être exécutée par provision.*

L'art. 2068 du Code civil ne permet pas de concevoir le plus léger doute; l'affir-

mative est évidente ; mais il ne comprend, dans sa disposition, que les jugements exécutoires par provision en donnant caution. Cette restriction que deux arrêts, l'un de la Cour de Pau, 24 juillet 1823 (*J. Av.*, t. 12, p. 664) ; l'autre, de la Cour de Rennes du 6 avril 1835 (*J. Av.*, t. 49, p. 569), ont déclaré, avec raison, non abrogée par l'art. 135 du Code de procédure civile, a fait croire à quelques auteurs, notamment à M. COIN-DELISLE, p. 43, que les jugements rendus dans les cas de la seconde partie de l'art. 135, c'est-à-dire en exigeant caution, sont les seuls en vertu desquels la contrainte par corps puisse être provisoirement exécutée ; mais qu'il n'en est pas de même de ceux qui, en vertu de la première partie du même article emportent l'exécution provisoire sans caution.

Cette conséquence nous semble exagérée. Tout ce qui nous paraît naturellement résulter du rapprochement de ces articles, c'est que la caution sera toujours nécessaire pour exercer provisoirement la contrainte, alors même qu'on ne l'exigerait pas pour les autres voies d'exécution ; mais nous ne voyons pas comment on accorderait moins d'avantages à un créancier par les raisons qui ont déterminé la loi à lui en accorder de plus grands.]]

579. *Si une partie fait défaut, y a-t-il lieu à déclarer que la promesse sera tenue pour* reconnue, *et, par conséquent, à ordonner l'exécution provisoire ?*

Pour qu'une promesse soit reconnue, il faut, ou que la reconnaissance ait été donnée avant l'instance, ou qu'elle ait lieu pendant l'instance ; mais, comme il est de principe que le défaut emporte contestation, on ne peut, s'il n'existe pas une reconnaissance formelle antérieure à l'instance, en supposer une de la part de la partie : donc on ne peut, dans ce cas, ordonner l'exécution provisoire. Telle paraît être l'opinion de M. Hautefeuille : il faut, dit-il, promesse *reconnue par la partie* (ce qui n'a pas lieu en cas de défaut), ou reconnaissance prononcée par jugement non attaqué (ce qui suppose reconnaissance antérieure à l'instance).

A la vérité, M. PIGEAU, t. 1, p. 498, dit bien « que la promesse est reconnue, « en cas de silence de la partie, par un jugement qui tient l'acte pour re- « connu. Si, ajoute-t-il, la partie ne réclame pas, c'est une reconnaissance « tacite qui équivaut à l'expresse, et sur laquelle, par conséquent, l'exécu- « tion sans caution doit également avoir lieu, comme sur la reconnaissance « expresse. »

Mais il est évident que M. Pigeau suppose ici la comparution de la partie.

Contre cette opinion, que le défaut ne peut autoriser à tenir la promesse pour reconnue, on a opposé l'art. 194, au titre de la vérification des écritures : il porte que, si le défendeur ne comparaît pas, il sera donné défaut, et l'écrit sera tenu pour reconnu.

Mais cette disposition n'est qu'une exception aux règles générales pour le cas particulier d'une demande en reconnaissance formée d'après l'art. 193 ; elle laisse subsister, pour tout autre cas, le principe que le *défaut emporte contestation.*

Nous pensons donc que l'on ne peut, lorsque la partie laisse défaut sur une demande fondée sur un acte sous seing privé, et qui n'a pas pour objet principal la reconnaissance suivant l'art. 193, ordonner l'exécution provisoire, tenant la preuve pour reconnue.

[[Sans doute, le simple défaut de la partie n'autorise pas à tenir la promesse pour reconnue, lorsqu'elle n'a pas été formellement assignée en reconnaissance ; et, par conséquent, l'exécution provisoire ne peut alors être ordonnée sur ce motif

Mais comme l'art. 1322 du Code civil attribue à l'écrit sous seing privé, légalement tenu pour reconnu, aussi bien qu'à celui que la partie reconnaît elle-même, la même force qu'à l'acte authentique, peu importerait qu'il n'y eût point de reconnaissance émanée d'elle et qu'elle fît défaut, si le titre avait été judiciairement reconnu vrai en vertu de l'art. 194 du Code de procédure civile. Cette reconnaissance ne suffit pas, nous le savons (art. 200), pour qu'il puisse être choisi comme pièce de comparaison ; mais c'est la seule restriction apportée par la loi aux effets de son authenticité, et il ne faut pas en créer d'autres. Ainsi, le titre privé, simplement tenu pour reconnu par la justice emportera l'exécution provisoire sans caution. C'est ce qu'enseigne M. PIGEAU, *Proc. civ.*, t. 1, au n° 2 de l'art. 1er du chap. *des jugements à charge d'appel*, et ce qu'a décidé la Cour de Poitiers, le 7 avril 1837 (*J. Av.*, t. 52, p. 352, et *J. P.*, t. 2 de 1837, p. 316). La décision serait différente, si le jugement de reconnaissance se trouvait déjà attaqué par la voie de l'appel : on ne pourrait pas dire alors que la pièce fût définitivement tenue pour reconnue.]] **Supp. alph.**, v° *Exéc. prov.*, n. 11 et 12.

580. *Peut-on ordonner l'exécution sans caution, si la créance qui est l'objet de la condamnation a été reconnue en bureau de paix ?*

Un arrêt de la Cour de Paris du 28 septembre 1809 (*J. Av.*, t. 12, p. 629), décide affirmativement cette question; mais M. Coffinières remarque que cette Cour n'a pas entendu la disposition de l'art. 135 dans un sens assez rigoureux. Ces mots, dit-il, *promesse reconnue*, supposent une promesse antérieure à l'instance, et une reconnaissance faite dans le cours de cette même instance ; d'un autre côté, on ne peut, d'après l'art. 1317 du Code civil, donner la qualification de *titre authentique* à une reconnaissance faite en justice de paix, et dès lors, les expressions *promesse reconnue*, ni celles *titre authentique*, ne peuvent caractériser cette simple reconnaissance devant le juge de paix, laquelle ne constitue pas même un aveu judiciaire proprement dit (1).

[[Le 6 août 1833, la Cour de Bordeaux a rendu un arrêt semblable à celui de la Cour de Paris, en déclarant que la reconnaissance faite au bureau de paix est réellement une promesse reconnue dans le sens de l'art. 135. Nous ne voyons pas, en effet, pourquoi il serait nécessaire que la reconnaissance eût lieu dans le cours de l'instance.

M. PIGEAU, *Proc. civ.*, au n° 1 de l'art. 1er du chapitre précité regarde aussi comme exécutoire par provision le jugement rendu sur une reconnaissance faite en bureau de paix ; mais il se fonde sur ce que l'acte qui la contient est un acte authentique.

Voy. notre *Quest.* 229.]] **Supp. alph.**, v° *Exéc. prov.*, n. 13.

581. *Est-il des cas où l'exécution provisoire a lieu de plein droit, et sans qu'elle ait été ordonnée ?*

L'exécution provisoire est de droit, quand la loi prononce sans prescrire qu'elle sera ordonnée par le juge.

Ainsi, nul doute qu'elle n'a pas besoin d'être accordée par le jugement dans

---

(1) D'après ce que nous avons dit *suprà*, *Quest.* 229, nous n'admettons cette opinion que pour le cas où la reconnaissance faite par la partie n'aurait pas été signée par elle, et pour celui où, sur son défaut de signer, il est fait mention qu'elle n'a su ou n'a pu signer. Dans le cas contraire, nous pensons qu'il y a *promesse reconnue* avant l'instance, et par conséquent lieu d'ordonner l'exécution sans caution.

les espèces des art. 13 et 17, citées sur la précédente question, et des art. 263, 276 [[312]], 840, 847 et 848 du Code de procédure. La disposition de la loi suffit ici pour rendre l'ordonnance ou le jugement exécutoires par provision

[[Tel est, avec raison, l'avis de MM. FAVARD DE LANGLADE, t. 3, p. 162, n° 20, et BONCENNE, t. 2, p. 579, sanctionné par un arrêt de la Cour de Rouen du 3 novembre 1807 (*J. Av.*, t. 12, p. 613).]]

582. *Mais en est-il de même pour les cas mentionnés en la première disposition de l'art.* 135, *en sorte que le jugement soit exécuté par provision, en vertu de cette disposition?*

Cette question sera résolue par suite de l'examen que nous allons faire de celle qui suit.

583. *L'exécution provisoire ne peut-elle être ordonnée qu'autant qu'elle a été demandée?*

Remarquons d'abord que la première disposition de l'art. 135 est impérative : d'où suit que le juge est obligé d'ordonner l'exécution provisoire dans le cas qu'elle détermine et de l'ordonner sans caution.

M. DELAPORTE, t. 1, p. 145, les auteurs du Commentaire inséré aux *Annales du Notariat*, p. 270, estiment qu'il n'est pas nécessaire que l'exécution soit *demandée* par la partie intéressée ; et ceux-ci vont même jusqu'à dire qu'il en est ainsi dans le cas où la seconde disposition du même article laisse aux juges la faculté d'ordonner cette exécution.

M. PIGEAU dit, au contraire, t. 1, p. 501, que l'exécution provisoire, *avec ou sans caution*, étant dans l'intérêt des parties, doit être demandée ; elle ne peut, selon lui, être prononcée d'office, comme on le fait souvent ; autrement, ce serait juger *ultrà petita*.

La Cour de Rennes, par arrêt du 9 juillet 1810 (V. *Journ.* des arrêts de cette Cour, t. 1, p. 290, et *J. Av.*, t. 12, p. 632), a décidé conformément au sentiment de M. Pigeau.

Nous pensons aussi que, même dans le cas prévu par la première disposition de l'art. 135, la partie intéressée doit former la demande à l'effet d'obtenir l'exécution provisoire ; nous en donnons pour motifs que l'art. 135 veut que l'exécution provisoire soit ordonnée par *le juge :* d'où il suit qu'elle doit être demandée ; car autrement le législateur l'aurait lui-même *ordonnée* pour avoir lieu de *plein droit*, comme il l'a fait aux articles cités sur la 581e *Question* (1).

---

(1) Si l'on opposait cependant que cette solution ne pourrait pas du moins s'appliquer à la première disposition de l'article, qui veut que l'exécution *soit ordonnée*, nous répondrions que la Cour d'appel de Rennes a jugé, dans l'espèce même de cette disposition, qui, suivant nous, ne doit s'entendre qu'en ce sens seulement, que le juge, lorsque l'exécution provisoire est demandée, ne peut se dispenser de l'accorder.

Revient maintenant la question de savoir si, dans le cas où l'exécution n'a pas été ordonnée dans le cas prévu par cette première disposition, le jugement n'en est pas moins exécutoire par provision.

M. DELAPORTE, p. 145, et les auteurs du Comm. inséré aux *Annales du Notariat*, p. 269, maintiennent la négative, parce que, disent-ils, le Code de procédure ne dit pas, comme l'ordonnance de 1667, que le jugement sera *exécutoire*, mais que l'exécution provisoire *sera ordonnée :* d'où suit que, pour exécuter le jugement, il est nécessaire qu'il contienne lui-même autorisation à cet effet.

On sent que nous ne pouvons qu'adopter cette opinion, qui, d'ailleurs, n'est qu'une conséquence de celle que nous avons émise sur la question de savoir si l'exécution devait être demandée. (*V.* les questions traitées sur l'art. 439.)

[En effet, si l'exécution provisoire doit être demandée aux juges (même dans le cas

[[Cette solution a été encore adoptée par les arrêts des Cours de Rennes, 27 août 1819 (*J. Av.*, t. 12, p. 659); Toulouse, 4 février 1820 (*J. Av.*, t. 12, p. 660); Bruxelles, 18 décembre 1822 (*Annales* DELAPORTE, t. 1 de 1822, p. 154); Lyon, 22 juin 1831 (*J. Av.*, t. 41, p. 675), et Bordeaux, 16 août 1833 (*J. Av.*, t. 50, p. 50), et 7 juin 1836 (*J. Av.*, t 51, p. 496).

Un seul arrêt, rendu par la Cour de Limoges, le 11 juin 1828 (*J. Av.*, t. 36, p. 119), est en opposition avec cette doctrine, qu'enseignent tous les auteurs, et notamment MM. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 322; FAVARD DE LANGLADE, t. 3, p. 162, n° 20; THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 263; BONCENNE, t. 2, p. 579, et BOITARD, t. 1, p. 566.]] **Supp. alph.**, v° *Exéc. prov.*, n. 17.

[[**583 bis.** *La demande d'exécution provisoire doit-elle, à peine d'irrecevabilité, être formée dans l'exploit introductif d'instance?*

Non; car elle n'est que l'accessoire de la demande principale; elle concerne uniquement l'exécution du jugement à intervenir, et ne modifie en rien l'objet de l'action introduite. On peut donc la former en tout état de cause, ainsi que l'a jugé la Cour de Bruxelles, le 30 avril 1827 (*Journ.* de cette Cour, t. 2 de 1827, p. 59). *V.* la *Quest.* 206.]]

584. *Est-il des exceptions à l'obligation où sont les juges, d'après la disposition de l'art.* 135, *d'ordonner l'exécution provisoire?*

Oui; par exemple, dans les cas prévus par l'art. 1319 du Code civil, relativement à l'acte authentique, et par l'art. 478 du Code de procédure, s'il y a tierce opposition contre un jugement autre que celui qui portait condamnation à délaisser la possession d'un héritage (1).

[[La Cour de Bordeaux a, le 2 octobre 1832 (*Journ.* de cette Cour, t. 7, p. 52), consacré cette solution dans la première de ces deux hypothèses, et celle de Montpellier dans la seconde, le 24 février 1834 (*J. Av.*, t. 49, p. 595).

Il est évident que l'art. 1319 du Code civil contient une exception à la généralité des termes de l'art. 135 du Code de procédure civile. La section du tribunat demandait que cette exception fût reproduite dans l'art. 135 lui-même (LOCRÉ, t. 21, p. 426, n° 77); mais le Conseil d'État jugea inutile de s'arrêter à cette observation, rien dans l'art. 135 n'autorisant à supposer de dérogation au principe de l'art. 1319 (LOCRÉ, t. 21, p. 84).

---

du § 1er de l'art. 135), c'est parce qu'il est nécessaire que les juges la prononcent. Elle n'a donc pas lieu de plein droit en vertu des seules dispositions de la loi.

Que si les juges ne la prononcent pas malgré votre demande, vous devez recourir aux juges d'appel pour l'obtenir (art. 458 du Cod. de proc. civ.); nouvelle preuve qu'elle n'a pas lieu de plein droit.

Aussi cette opinion est-elle embrassée par tous les auteurs cités au texte.]

(1) C'est ici le lieu de remarquer qu'il a été décidé, par arrêt de la Cour de Nîmes du 18 novembre 1807 (V. *Jurisp. sur la procéd.*, t. 1, p. 286, et *J. Av.*, t. 12, p. 614), qu'il n'y a pas lieu d'ordonner l'exécution provisoire *sans caution*, lorsqu'on reproche à un acte authentique des vices qui auraient pour effet de lui enlever son caractère d'authenticité. Alors l'exécution serait bien ordonnée, conformément à l'art. 135, mais avec caution.

[Nous avons déjà, sous la *Quest.* 577 cité et combattu cet arrêt, dont la décision ne rentre nullement dans le principe de l'art. 1319, C. civ.

Aussi la solution du n° 584 ne contrarie-t-elle point celle du n° 577. En effet, l'art. 1319 doit être entendu en ce sens que l'exécution provisoire d'un acte authentique ne peut être ordonnée, lorsqu'il est sous le coup d'une instance en faux encore pendante. Mais le jugement qui termine cette instance en rejetant la plainte en faux, restitue à l'acte toute son authenticité, et doit, par conséquent, en ordonner l'exécution provisoire. C'est au reste ce qu'enseigne expressément M. BOITARD, t. 1, p. 558.]

Aussi, l'avis de M. Carré est-il suivi par MM. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 321; FAVARD DE LANGLADE, t. 3, p. 163, n° 22, et BONCENNE, t. 2, p. 575.

Les jugements provisoires sont aussi, de plein droit, exécutoires par provision. (*V.* la *Quest.* 585.)

M. THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 261 et 262, met au nombre des cas qui comportent une exception au § 1er de l'art. 135, celui où l'exécution provisoire pourrait occasionner un dommage irréparable : ce principe serait, à notre avis, trop susceptible de prendre une extension illimitée, et l'exception ferait bientôt taire la règle. Cependant, parmi les exemples que donne cet auteur, pour justifier son sentiment, se trouve celui, très délicat, de la nullité d'un mariage prononcée. Faudrait-il, malgré l'appel, permettre de contracter un second mariage? D'abord, on ne voit pas aisément en vertu de quel paragraphe de l'art. 135 l'exécution provisoire pourrait être prononcée dans cette hypothèse; mais nous dirons que, dans un cas semblable, celui où un jugement a donné mainlevée d'une opposition à mariage, la Cour de Paris a déclaré, le 19 septembre 1815 (*J. P.*, 3e édit., t. 13, p. 68), que le pourvoi en cassation n'était pas suspensif. On trouve, à l'endroit cité du même recueil, diverses autorités à l'appui de cette décision.

Et pourtant, une telle exécution serait-elle réparable?]]

585. *La seconde disposition de l'art.* 135 *est-elle limitative, en sorte qu'on ne puisse l'appliquer à d'autres cas qu'à ceux qu'elle exprime?*

Elle est *limitative*, ainsi qu'il a été jugé par deux arrêts de la Cour de Paris, l'un du 9 janvier 1808, l'autre du 14 septembre suivant (*J. Av.*, t. 8, p. 544), et par un autre arrêt de la Cour d'appel de Rennes du 24 novembre 1807. (*S.*, t. 8; *Suppl.*, p. 283, et *Suppl.* pour 1818 et 1819, p. 508, et *J. Av.*, t. 12, p. 616.)

Cependant, tous les auteurs conviennent que si l'art. 135 ne place pas au nombre des sept cas déterminés en sa seconde disposition les *provisoires*, autres que ceux qui ont des *aliments* pour objet, tout jugement qui statue par provision est, par sa nature même, provisoirement exécutoire. Telle est aussi notre opinion, fondée d'ailleurs sur l'ancienne jurisprudence. Il faut remarquer seulement que les juges ont aujourd'hui la faculté d'ordonner cette exécution, avec ou sans caution, tandis qu'autrefois on prescrivait toujours le cautionnement pour sûreté de la restitution de la somme ou de la chose. (*V.* RODIER, sur l'art. 5 du tit. 27 de l'ordonnance, et le *Nouveau Répertoire*, au mot *exécution provisoire*, t. 4. p. 87.)

[[Le principe que la seconde disposition de l'art. 135 est limitative se trouve reconnu implicitement par tous les auteurs, qui ne mentionnent aucun cas d'application en dehors de ceux que contient cet article, et formellement par M. BONCENNE, t. 2, p. 577. La Cour de Bordeaux l'a aussi consacré par son arrêt du 31 juillet 1827 (*Bibl. du Comm.*, t. 4, p. 352), et celle de Colmar, le 2 décembre 1815 (*J. Av.*, t. 21, p. 440). C'est aussi l'avis de M. MERLIN, *Répert.*, t. 4, p. 933, v° *Exécution provisoire.* D'où il suit que l'exécution provisoire ne peut être ordonnée, 1° en matière de séparation de corps; Poitiers, 10 août 1819 (*J. Av.*, t. 12, p. 656); 2° lorsqu'il s'agit d'un jugement qui admet un créancier dans un ordre et qui fixe son rang; Pau, 13 novembre et 22 décembre 1824 (*J. Av.*, t. 29, p. 205); Grenoble, 23 février 1828 (*J. Av.*, t. 36, p. 106); 3° ou qui prononce la nullité d'un emprisonnement; Amiens, 21 novembre 1821 (*Journ.* de cette Cour, t. 1, p. 360), et Nancy, 21 novembre 1831 (*J. Av.*, t. 44, p. 47); ou qui, pour toute autre cause, ordonne la mise en liberté d'un prisonnier pour dettes; Paris, 9 janvier et 14 septembre 1808 (*J. Av.*, t. 8, p. 544), et 10 novembre 1828 (*Gaz. des Trib.*, du 11); 4° ou qui condamne un huissier à restitution, comme responsable d'une soustraction commise par son clerc; Pa-

ris, 18 septembre 1828 (*Gaz. des Trib.*, du 20 septembre); 5° ou qui prononce sur des contestations relatives à un compte-rendu; Metz, 2 août 1825 (*Journ.* de cette Cour, t. 5, p. 329); 6° ou qui condamne en des dommages-intérêts; Rennes, 27 août 1819 (*J. Av.*, t. 12, p. 659), et Bordeaux, 28 avril 1837 (*J. Av.*, t. 53, p 554).

Quant aux jugements provisoires dont il a été parlé sous l'art. 134, nous pensons, avec MM. CARRÉ et PIGEAU, *Comm.*, t. 2, p. 33, qu'ils sont toujours, par leur nature, susceptibles d'exécution provisoire, et qu'ils rentrent même dans la classe de ceux pour lesquels cette exécution est de droit et n'a pas besoin d'être ordonnée. En effet, les jugements provisoires ne sont rendus que pour obvier à l'inconvénient d'attendre le jugement définitif. Ce but pourrait-il jamais être atteint, si la loi ne permettait de les exécuter nonobstant l'appel? Décider autrement, ce serait supprimer toute l'utilité des jugements provisoires : du moment que la loi les suppose, elle doit leur supposer aussi toutes les prérogatives, sans lesquelles l'obtention de ces jugements serait illusoire.

Au reste, l'art. 14 du tit. 17 de l'ordonnance de 1667 en avait une disposition formelle, quoique M. BONCENNE, t. 2, p. 578, paraisse en douter; et, si cette disposition n'a pas été reproduite dans notre Code, elle tient trop étroitement à l'ensemble du système et à la nature des choses, pour qu'il ne soit pas permis de l'invoquer.

Ces motifs répondent suffisamment à l'entente trop scrupuleuse du principe de limitation posé en tête de ce numéro, principe sur lequel M. Boncenne seul s'appuie pour combattre notre opinion.

Mais les matières sommaires n'emportent pas, à ce seul titre, l'exécution provisoire, quoiqu'il en fût ainsi sous l'ordonnance de 1667 (art. 13 et suiv. du tit. 17). La section du Tribunat, voulant voir cette disposition reproduite dans notre Code, proposa un article additionnel qui ne fut pas adopté. (*Voy.* LOCRÉ, t. 21, p. 83.) Ainsi, la Cour de Bruxelles ne déciderait plus aujourd'hui, comme elle l'a fait le 12 floréal an XII (*J. Av.*, t. 16, p. 719), que les jugements rendus sur des demandes en pension alimentaire sont exécutoires par provision, de plein droit et sans caution, par cela seul que ces demandes sont rangées dans les matières sommaires.]] **Supp.**, p. 159. Autorités conformes.

586. *Dans le cas où, conformément à cette disposition, le juge peut ordonner l'exécution provisoire, est-il tenu de ne l'accorder qu'avec caution?*

Nous ne poserions pas cette question, si un des commentateurs du Code n'avait pas dit et répété que, dans les cas dont il s'agit, le juge ne peut ordonner l'exécution provisoire que *sous la condition impérieuse et indispensable d'un cautionnement à fournir par la partie qui l'obtiendra.*

Il est bien évident, au contraire, et nul des autres commentateurs n'en a douté, que les juges, lorsqu'ils croient devoir ordonner l'exécution provisoire dans l'un des sept cas mentionnés à la seconde disposition de l'art. 135, ont la faculté de prescrire qu'il sera donné caution pour répondre des suites de cette exécution, ou d'en dispenser (1).

[[Cela est évident, et l'observation mise à la note est fort juste.]]

---

(1) Mais remarquons que le magistrat ne doit user de cette faculté qu'avec prudence; la justice veut qu'il ordonne la caution toutes les fois qu'il y aurait à craindre que les effets de l'exécution fussent irréparables en définitive.

587 *Un tribunal qui a ordonné l'exécution provisoire, peut-il la suspendre par un second jugement?*

La Cour de Rennes s'est prononcée pour la négative, par arrêt du 6 octobre 1810, attendu qu'un tribunal ne peut se reformer. (V. *Journ.* des arrêts de cette Cour, t. 1, p. 464, et *J. Av.*, t. 12, p. 637.)

[[Cette solution ne nous paraît pas susceptible de doute.]]

[[**587** bis. *Celui qui a fait exécuter un jugement exécutoire par provision doit-il des dommages pour le préjudice causé par cette exécution lorsque le jugement est réformé sur l'appel?*

L'exécution provisoire n'est accordée que dans l'intérêt du créancier; elle l'est sur la présomption de la justice et de la certitude de son droit.

Si cette présomption est détruite par une sentence de juges supérieurs, ses effets doivent cesser.

Si, en exécutant provisoirement, le créancier ne consultait que son intérêt, il devait le faire à ses risques et périls.

Nous pensons donc qu'il devra rendre son adversaire indemne de tout le préjudice que l'exécution lui a fait subir.

On dirait en vain, pour l'opinion contraire, qu'en exécutant provisoirement, la partie n'a fait qu'user d'un droit qui lui était accordé; et que celui qui use de son droit, dans les limites de ce droit, ne doit encourir aucune peine.

Il est facile de répondre que ce droit était un droit résoluble, et qu'elle a voulu courir les chances de la résolution.

Notre opinion a été consacrée par un arrêt de la Cour de Bruxelles du 2 juin 1814 (*Journ.* de cette Cour, t. 1, de 1814, p. 267.)]]

588. *L'exécution provisoire peut-elle être ordonnée nonobstant opposition ou appel, ou seulement nonobstant l'appel?*

Si l'on considère que l'art. 155 contient une disposition relative à l'exécution provisoire des jugements par défaut, on reconnaîtra que l'art. 135 ne se rapporte qu'à l'exécution, nonobstant appel. On ne pourra donc, en conformité de cet article, ordonner l'exécution provisoire des jugements par défaut nonobstant opposition, à moins que l'on ne se trouve dans un cas où l'art. 155 permette de recourir à l'art. 135 (1). (Voy. *infrà* sur les art. 155 et 439).

[[(2) La Cour de Turin, le 20 mars 1812 (*J. Av.*, t. 12, p. 639), en décidant qu'en effet l'exécution provisoire ne peut être ordonnée nonobstant opposition, va même jusqu'à dire qu'elle ne peut l'être sous aucun rapport, par un jugement de défaut, à moins d'urgence, qu'en un mot les jugements contradictoires peuvent seuls la prononcer lorsqu'il n'existe pas d'autres motifs que ceux de l'art. 135.

L'art. 155 sur lequel elle se fonde résiste à une semblable interprétation, que repousse, avec nous, M. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 322 et 323. En effet, le

---

(1) La raison de cette différence entre les jugements contradictoires et les jugements par défaut, c'est, comme le dit M. Thomines, dans ses cahiers, que l'opposition ne peut être de longue durée, et qu'il n'y a pas motif suffisant pour passer outre à l'exécution, s'il n'y a urgence. L'opposition affaiblit la présomption qui existait en faveur de la chose jugée, et elle remet les parties au même état qu'elles étaient avant le jugement.

(2) [V. la même opinion confirmée *Quest.* 639.]

1er § de l'art. 155 en disposant que le jugement de défaut ne pourra être exécuté dans le délai de huitaine de la signification qu'en cas d'urgence, ne limite pas à ces cas d'urgence la concession de l'exécution provisoire nonobstant appel. Il suit seulement de cette disposition que l'exécution, lorsqu'elle aura été ordonnée, sera néanmoins suspendue pendant ladite huitaine, sauf la faculté de lever même cette restriction en cas d'urgence; il est vrai que d'après le second paragraphe du même article, il faut qu'il y ait urgence, c'est-à-dire péril en la demeure, pour que l'exécution provisoire soit ordonnée nonobstant opposition, mais cette condition n'est pas rendue nécessaire pour qu'on puisse l'ordonner nonobstant appel.

L'exécution provisoire qui sera ordonnée par un jugement de défaut dans l'un des cas prévus par l'art. 135, ne sera pas plus arrêtée par l'appel que ne le serait celle d'un jugement contradictoire. Mais elle le sera, 1° pendant la huitaine, délai ordinaire de l'opposition; 2° par l'opposition elle-même jusqu'à ce qu'elle soit vidée, à moins que dans ces deux cas, un motif particulier d'urgence déclaré par le jugement, ne vienne se joindre à celui que l'on puisait dans l'art. 135 et le rendre plus pressant; cela résulte d'un arrêt de la Cour de Bruxelles du 20 janvier 1813 (*J. Av.*, t. 12, p. 644).

Mais que le jugement de défaut ne puisse ordonner, à moins d'urgence, l'exécution provisoire, même nonobstant l'appel, cela n'est pas admissible; ce serait pour le débiteur qui ne voudrait que gagner du temps, un motif fort simple d'éviter toujours l'exécution provisoire.

Il se laisserait condamner par défaut, soit faute de constituer avoué, soit faute de défendre au jour de l'audience, afin d'avoir pu profiter même des lenteurs d'une première instance, il laisserait écouler le délai de huitaine et ne formerait pas opposition, il se pourvoirait ensuite par appel, et cet appel serait suspensif, puisque le jugement ne porterait pas et ne devrait pas porter l'exécution provisoire. On ne pourrait même l'obtenir sur l'instance d'appel, puisque les Cours ne peuvent l'accorder (art. 458) que lorsque les tribunaux ont eu tort de ne pas le faire. Par cette manœuvre, il réussirait donc à rayer l'art. 135 du Code de procédure.

Ainsi, l'exécution provisoire nonobstant l'appel lorsqu'elle est prononcée par un jugement de défaut, n'est pas subordonnée à d'autres conditions que celles de l'art. 135; il n'y a que l'exécution provisoire, nonobstant l'opposition, qui exige une urgence plus caractérisée.

C'est là ce qui résulte de l'opinion de MM. CARRÉ et THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 263, que nous approuvons et que M. Pigeau ne combat point, *ubi suprà*, quoiqu'il ne l'adopte pas formellement.

Nous ferons observer toutefois que par arrêt du 30 août 1813 (*J. Av.*, t. 12, p. 646), la Cour de Metz a décidé qu'une Cour royale qui rejette par défaut l'appel contre un jugement en dernier ressort, peut ordonner l'exécution provisoire de son arrêt. Cela tient à ce que d'après l'art. 457, dernier paragraphe, elle aurait pu ordonner l'exécution provisoire du jugement appelé. Or, il ne serait pas juste que celui qu'on a si mal a propos intimé souffrît de la complaisance qui lui a fait négliger le bénéfice de cet article, pour attendre patiemment le jugement du fond. On expliquera de la même manière un arrêt de la Cour de Colmar du 18 décembre 1827 (*J. Av.*, t. 37, p. 108), qui prononce aussi l'exécution provisoire nonobstant opposition.

Il est clair que l'exécution d'un arrêt ainsi formulée ne peut être arrêtée, ni par une simple déclaration de pourvoi en Cassation, ni par une opposition non réitérée dans la huitaine; Cass., 15 juin 1826 (*J. Av.*, t. 31, p. 310).]]

Supp., p. 159.

[[588 bis. *Le jugement qui n'emporte pas exécution provisoire, ne peut-il être exécuté tout le temps que dure le délai d'appel?*

Il n'y a que l'appel interjeté qui soit déclaré suspensif par l'art. 457 du Code de procédure civile. Le délai d'appel n'est point suspensif par lui-même.

En effet le jugement, même en premier ressort, conserve, tant qu'il n'est pas attaqué, toute la force d'un acte émané de l'autorité publique. La présomption de stabilité lui appartient, tant qu'une attaque formelle n'a pas été dirigée contre lui. La partie condamnée est présumée s'en rapporter à cette décision jusqu'à ce qu'elle ait annoncé l'intention d'user des voies de recours que la loi lui accorde.

Ainsi rien, à l'exception du délai de huitaine prescrit par l'art. 450, ne peut empêcher pendant le délai d'appel, pas plus qu'après son expiration, l'exécution d'un jugement non exécutoire par provisiou. L'acte d'appel a seul ce pouvoir.

Ces principes évidents sont rappelés par M. BOITARD, t. 1, p. 551.

De même, si l'exécution provisoire n'avait été accordée que moyennant caution, l'appel seul rendrait cette caution exigible. Jusqu'à ce qu'il fût interjeté, l'exécution pourrait avoir lieu et se poursuivre sans donner caution. (*V.* la *Quest.* 1824.)

Mais le jugement qui prononce une condamnation à la charge par celui qui l'obtient de prêter un serment, ne peut être exécuté avant la prestation, quoiqu'il ordonne l'exécution provisoire; Paris, 26 janvier 1813 (*J. Av.*, t. 12, p. 646). En effet, le jugement ne peut être exécuté que lorsqu'il est complet, et il ne le devient que par la prestation du serment. V. *Quest.* 1652 *bis.*]]

[[588 ter. *Peut-on ordonner l'exécution d'un jugement sur la minute?*

La négative a été jugée par les Cours de Paris, le 20 août 1810 (*J. Av.*, t. 3, p. 277), et de Montpellier, le 18 décembre 1810 (*J. Av.*, t. 19, p. 302).

L'affirmative, au contraire, résulte d'un arrêt de la Cour de cassation en date du 10 janvier 1814 (*J. Av.*, t. 12, p. 648), et de deux arrêts des Cours de Paris, 20 août 1810 (*J. Av.*, t. 18, p. 757), et de Rennes, 27 août 1819 (*J. Av.*, t. 12, p. 659), et enfin d'un arrêt de la Cour de Nîmes du 1er août 1838 (*J. P.*, t. 1 de 1839, p. 13).

En rapportant l'arrêt du 10 janvier 1814, dans la première édition du *J. Av.*, M. Coffinières s'était ainsi exprimé: « On ne trouve dans le Code de procédure « qu'une seule circonstance où l'exécution provisoire peut être autorisée sur « la minute, c'est lorsqu'il s'agit d'une ordonnance de référé et qu'il y a ab- « solue nécessité (art. 811); on peut expliquer à cet égard la disposition de la « loi, en observant que les ordonnances sur référé n'ont pour objet que des « mesures provisoires toujours réparables en définitive. Mais si, sous le pré- « texte de l'urgence, on autorise l'exécution sur la minute des arrêts des « Cours d'appel, en se fondant sur ce que le pourvoi en Cassation contre les « arrêts n'est pas suspensif, il faudrait le décider de même à l'égard des juge- « ments en dernier ressort; dès lors la disposition des art. 141, 142, 147 et « 545, du Code de procédure serait presque toujours illusoire. » — Lors de la publication de l'arrêt du 27 juin 1810, il avait même ajouté que la solution négative ne lui paraissait pas présenter le moindre doute.

M. BERRIAT SAINT-PRIX, p. 506, note 4, n° 1, adopte cette opinion, cependant M. Carré cite plusieurs fois et notamment à la *Quest.* 2779, l'arrêt du 10 janvier 1814, sans le combattre; MM. FAVARD DE LANGLADE, t. 3, p. 163, n° 21, et PIGEAU, *Proc. civ.*, liv. II, part. 3, du *Jugement*, tit. 6, § 3, nos 1 et 2, approuvent la doctrine que M. Carré fait résulter de l'arrêt du 10 janvier 1814.

M. Pigeau dit qu'on doit se décider par parité de raison avec le cas prévu par l'art. 811 du Code de procédure civile, et il persiste dans son opinion au *Comm.*, t. 2, p. 140. Cette raison ne suffit pas, selon nous, pour détruire les motifs qui ont déterminé M. Coffinières : et l'art. 811 nous paraît avoir un sens beaucoup plus restreint que celui que lui accordent MM. Pigeau et Favard de Langlade, une disposition d'une nature si importante, puisqu'elle tient à l'essence même des actes, n'eût pas été insérée au titre des référés, et, comme le dit la Cour de Montpellier, un jugement n'est point un titre exécutoire lorsqu'il n'a pas été encore levé et expédié ; il en serait de même d'un acte notarié, car ce n'est que sur les expéditions que peut se trouver la formule exécutoire.]]

[[**588** quater. *Quelles sont les espèces particulières auxquelles la jurisprudence a cru devoir appliquer les dispositions de l'art.* 135?

On a regardé comme rendus sur des titres authentiques, et par conséquent exécutoires par provision ;

1° Un jugement qui n'est que l'exécution d'un autre jugement antérieur et d'un arrêt qui l'a confirmé ; Rennes, 5 décembre 1810 (*J. Av.*, t. 12, p. 637) ; Cass., 14 février 1828 (DALLOZ, t. 28-1-131).

Il nous paraît inutile de citer ici les cas nombreux dans lesquels un jugement peut et doit être considéré comme l'exécution d'un jugement précédent, ce qui justifie suffisamment les termes dont s'est servi le législateur, quoi qu'en ait dit M. BENECH, *Traité des Justices de paix*, p. 364.

2° Celui qui ordonne l'exécution d'un contrat de mariage, relativement à la restitution du principal de la dot et des intérêts de cette dot ; Limoges, 3 avril 1816 (*J. Av.*, t. 12, p. 652).

3° Celui qui est fondé sur un bordereau de collocation ; Grenoble, 22 août 1831 (*J. Av.*, t. 45, p. 441).

4° Celui qui ordonne un paiement d'arrérages de rentes dont le titre est authentique ; Rennes, 21 janvier 1813 (*J. Av.*, t. 12, p. 645).

5° Celui qui prescrit l'exécution d'un testament olographe légalement reconnu ; Nîmes, 25 mars 1819 (*J. Av.*, t. 12, p. 654).

6° Celui qui intervient pour rejeter une demande en nullité d'une assignation à bref délai donnée en vertu d'une ordonnance de permission ; Colmar, 18 décembre 1827 (*J. Av.*, t. 37, p. 108). V. *suprà*, notre *Quest.* 378.)

7° Celui qui est fondé sur un acte passé en France par des étrangers devant le consul de leur nation ; Rennes, 6 avril 1835 (*J. Av.*, t. 49, p. 569).

8° Ou sur un acte passé dans les formes authentiques en pays étranger, Bruxelles, 25 novembre 1835 (*Journ.* de cette Cour, t. 2 de 1825, p. 231). Car il faut distinguer la force exécutoire que cet acte ne pourrait avoir de plein droit en France (art. 546, Cod. proc. civ.), de son caractère d'authenticité qui lui est inhérent et ne peut lui être enlevé par aucune circonstance.

9° La Cour de cassation a aussi jugé qu'une qualité reconnue et de laquelle dérivent nécessairement un droit ou une obligation peut être assimilée à un titre authentique et autoriser l'exécution provisoire du jugement qui en accorde les effets. Ce principe a été proclamé à l'égard du cohéritier qui demande et obtient un partage, par arrêt du 1er février 1815 (*J. Av.*, t. 12, p. 651), et à l'égard du syndic d'une faillite que l'on condamne, en cette qualité, à une reddition de compte, par arrêts de la Cour de Cassation, 16 juillet 1817 (*J. Av.*, t. 12, p. 653), et de la Cour de Paris, 1er mars 1831 (*J. Av.*, t. 40, p. 421). M. FAVARD DE LANGLADE, t. 3, p. 163, n° 22, approuve cette solution, que nous croyons fondée, malgré les observations contraires de M. Coffinières, que nous avons insérées, *J. Av.*, t. 12, p. 681.

Il faut néanmoins reconnaître avec la Cour d'Agen, arrêt du 20 juillet 1830

(*J. Av.*, t. 44, p. 107), qu'il en serait autrement si, après le partage ordonné, il s'agissait de contestations entre cohéritiers sur les opérations du partage, ou les demandes en rapport.

10° Lorsque les juges prononcent en vertu d'un titre authentique, leurs décisions préparatoires ou interlocutoires doivent être exécutoires par provision, à plus forte raison encore que ne le seraient leurs décisions sur le fond; Bruxelles, 14 juillet 1825 (*J.* de cette Cour, t. 2 de 1825, p. 154.)

11° L'exécution provisoire peut être ordonnée par un jugement qui prononce la condamnation au paiement d'un billet; Paris, 23 mars 1814 (*J. Av.* t. 12, p. 650). Cette décision nous paraît erronée, car le billet n'est pas un titre authentique, et dans l'espèce, la promesse qu'il contenait n'était pas reconnue V. *suprà*, *Quest.* 578.

12° Les condamnations fondées sur un acte authentique doivent être exécutées provisoirement alors même qu'elles en prononcent la résolution; par exemple, celle d'une vente pour défaut de paiement du prix, parce qu'elles sont toujours la suite de la clause résolutoire insérée ou sous-entendue dans cet acte; Agen, 5 mai 1824 (*J. Av.*, t. 27, p. 155), et Nîmes, 4 juin 1828 (*J.* de cette Cour, t. 1, p. 386), pourvu toutefois que la contestation ne porte pas sur la nature des paiements que l'acquéreur soutiendrait avoir faits.

13° L'exécution provisoire ne pourra pas être ordonnée par un jugement qui prononcerait la rescision d'un acte authentique pour cause de dol ou fraude, ce n'est pas alors une clause de l'acte qui serait exécutée, Poitiers, 19 août 1819 (*J. Av.*, t. 12, p. 657).

14° Le jugement qui rejette la demande en nullité formée contre une décision arbitrale n'est pas susceptible d'exécution provisoire; Paris, 26 mai 1814 (*J. Av.*, t. 16, p. 517). On ne peut pas dire qu'il y ait condamnation précédente, car le jugement ne prononce que sur un point de forme qui n'avait pas été l'objet de la décision des arbitres.

15° L'exécution provisoire d'un jugement ne peut être ordonnée si la somme qui en est l'objet n'est pas certaine et liquide; Rennes, 31 juillet 1819 (*J. Av.*, t. 12, p. 656), et 29 août 1820 (*Ibid.*, p. 661).

16° On peut adjuger une provision pendant une instance en désaveu de paternité, et le jugement peut être déclaré exécutoire sans caution; Aix, 6 avril 1807 (*J. Av.*, t. 12, p. 611). *V.* au surplus notre *Quest.* 585.]] **Supp. alph.**, v° *Exécut. provis.*, n. 22 et suiv.

ART. 136. Si les juges ont omis de prononcer l'exécution privisoire, ils ne pourront l'ordonner par un second jugement (1), sauf aux parties à la demander sur l'appel.

Code de proc., art. 122, 439, 135, § 2, et surtout 458.— [Notre Dict. gén. de Proc., v° *Exécution provisoire*, n° 66 à 72. — Arm. Dalloz. *eod.* n°s 47 à 71. — QUESTIONS TRAITÉES : L'exécution provisoir peut-elle être ordonnée sur l'opposition si la partie a négligé de la demander lors du jugement par défaut? *Q.* 588 *quing.* — La partie qui n'a pas réclamé l'exécution provisoire alors que le premier juge était autorisé à l'ordonner, peut-elle la réclamer sur l'appel? *Q.* 588 *sexies.*]

[[XCVII *bis*. Cette disposition est applicable aux tribunaux de commerce, comme l'a jugé la Cour de Liége, le 29 juin 1807 (*J. Av.*, t. 12, p. 612). Elle repose, en effet, sur le principe qu'un tribunal ne peut réformer ni modifier sa décision quand il a une fois épuisé sa juridiction. Aussi la Cour de Toulouse

(1) Sous l'empire de l'ordonnance, on pensait assez généralement que si la partie avait omis de demander l'exécution provisoire, elle le pouvait faire par une demande incidente après la sentence rendue. (*V* JOUSSE, sur l'art. 17 du tit. 27, la disposition contraire de l'article ci-dessus.)

a-t-elle réformé la disposition d'un jugement accordant l'exécution provisoire parce qu'il résultait des qualités que cette disposition avait été ajoutée après le prononcé du jugement, sur une demande spéciale, mais tardive, que la partie en avait faite; son arrêt est du 4 février 1820 (*J. Av.*, t. 12, p. 660).]]

[[**588** quinq. *L'exécution provisoire peut-elle être ordonnée sur l'opposition si la partie a négligé de la demander lors du jugement par défaut?*

Sur le fondement des dispositions de l'art. 136, la négative a été jugée par les Cours de Bruxelles, 13 décembre 1810 (*J. Av.*, t. 12, p. 637), et de Bordeaux, 30 avril 1833 (*J. Av.*, t. 45, p. 552). L'art. 136 nous paraît d'abord mal appliqué par ces décisions. Il ne se rapporte évidemment qu'au cas où le tribunal reviendrait sur sa décision après avoir épuisé le premier degré de juridiction, mais il n'enlève pas au tribunal le pouvoir de se rétracter dans les cas où la loi l'y autorise, et qui sont ceux de l'opposition, pour un jugement par défaut, de la requête civile, pour un jugement contradictoire. Ainsi l'enseignent MM. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 324, et THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 264, et l'ont jugé les Cours d'Orléans, 23 juillet 1818; de Nîmes, 13 mars 1819 (*J. Av.*, t. 12, p. 637); de Bordeaux, 10 juillet 1827 (*J.* de cette Cour, t. 2, p. 349); de Toulouse, 16 août 1825 (*J. Av.*, t. 35, p. 159), et de Paris, 1er mars 1831 (*J. Av.*, t. 41, p. 421). En effet, par l'opposition, le jugement de défaut est anéanti; les parties sont remises au même et semblable état que devant. Le jugement qui statue sur l'opposition peut être considéré comme étant en réalité un premier jugement. (*V.* t. 2, p. 28, notre *Quest.* 620 *bis*, où nous avons développé les principes de la question à l'occasion de la contrainte par corps.)

Néanmoins, le jugement qui reçoit, pour la forme seulement, l'opposition formée contre un jugement par défaut, exécutoire nonobstant appel, ordonne virtuellement cette exécution provisoire sans avoir besoin de l'exprimer d'une manière formelle. Des deux solutions, négative et affirmative, que la Cour de Bordeaux a données à cette question, les 10 juillet et 20 août 1832 (*J. Av.*, t. 45, p. 529), la seconde nous semble préférable, car du moment que le jugement de débouté maintient purement et simplement le jugement de défaut, ce maintien est censé s'étendre aux points accessoires aussi bien qu'au principal.]] **Supp. alph.**, v° *Jugement par défaut*, n. 341.

[[**588** sex. *La partie qui n'a pas réclamé l'exécution provisoire, alors que le premier juge était autorisé à l'ordonner, peut-elle la réclamer sur l'appel?*

Voyez cette question traitée et résolue sous l'art. 458, au n° 1656.]]

ART. 137. L'exécution provisoire ne pourra être ordonnée pour les dépens (1), quand même ils seraient adjugés pour tenir lieu de dommages-intérêts.

Code de proc., art. 130 et suiv., 503, 459.—[Notre Dict. gén. de proc., v° *Tribunal de Commerce*, n° 531. — Devilleneuve, v° *Exécution provisoire*, n° 19. — Arm. Dalloz, *eod.*, n° 37.— Locré, t. 21, p. 427, n° 78, et p. 535, n° 33. — QUESTIONS TRAITÉES : La disposition de cet article s'applique-t-elle aux jugements des tribunaux de commerce? *Q.* 588 *septies*.—Dans quel cas les dépens peuvent-ils être adjugés à titre de dommages-intérêts? 588 *octies*.]

XCVIII. La raison de cette disposition est que les dépens, quoique faisant

(1) Remarquez, d'après l'art. 403, qu'il en est autrement lorsqu'il y a eu désistement.

partie de la condamnation prononcée par le jugement, ne tiennent point à l'objet principal de cette condamnation, et ne peuvent conséquemment avoir le même privilége.

[[**588** sept. *La disposition de cet article s'applique-t-elle aux jugements des tribunaux de commerce?*

Pour juger la négative, le 11 décembre 1821 (*J. Av.*, t. 22, p. 377), la Cour de Rouen s'est fondée sur ce que le principe de l'exécution provisoire est répété sous le titre des tribunaux de commerce (art. 439), et que l'exception de l'art. 137 ne l'est point, d'où il suivrait que le législateur a entendu leur appliquer l'une et non pas l'autre; nous répondrons que l'art. 439 ne paraît pas introduit pour répéter le principe, mais pour indiquer les modifications qu'il doit subir dans les matières commerciales, et nous en concluons que le droit commun doit être appliqué à tout ce qui n'est pas formellement modifié par l'art. 439.

L'art. 137, dont nous nous occupons, contient d'ailleurs une disposition trop générale pour qu'il soit permis de lui faire subir une exception non écrite.

Encore moins pourrait-on supposer à des juges qui terminent leur jugement en ordonnant qu'il sera exécuté par provision, suivant la loi, l'intention d'avoir voulu étendre l'exécution provisoire aux dépens que la loi excepte formellement de cette mesure.

On doit donc surseoir à toute exécution relativement aux dépens adjugés par un jugement frappé d'appel; Cass., 19 prairial an VII; Rennes, 25 août 1807, et 16 juin 1808 (*J. Av.*, t. 9, p. 136), et Bruxelles, 17 mars 1824 (*Journ.* de cette Cour, t. 1 de 1824, p. 159). Cette doctrine est enseignée par M. PIGEAU, *Proc. civ.*, au nº 5 de l'art. 1 du chap. *des Jugements sujets à l'appel.*]]
Supp., p. 159.

[[**588** oct. *Dans quels cas les depens peuvent-ils être adjugés a titre de dommages-intérêts?*

Comme le font observer MM. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 325; BONCENNE, t. 2, p. 540, et BOITARD, t. 1, p. 568 et suiv., la partie qui est reconnue avoir mal à propos soutenu la contestation doit les dépens, en vertu de l'art. 130: si elle a causé un préjudice à sa partie adverse, elle doit encore des dommages-intérêts. On ne peut donc, en pareil cas, confondre l'une et l'autre de ces dettes; ce serait la libérer de toutes les deux, tandis qu'elle n'en paierait qu'une seule.

Ainsi, la partie qui gagne sur tous les points, doit obtenir séparément les dépens et les dommages-intérêts.

Ce n'est que dans le cas où une partie des dépens pourrait être compensée, et que les dommages-intérêts seraient estimés égaler la valeur de la partie à compenser, qu'on pourrait remplacer la condamnation aux dommages par la condamnation aux dépens tout entiers.

On le pourrait encore mieux si les dépens étaient dus en entier à l'une des deux parties et les dommages à l'autre; alors on accorderait à celle-ci les dépens à titre de dommages, mais ce cas doit se présenter fort rarement.]]

ART. 138. Le président et le greffier signeront la *minute* (1) de

---

(1) *Minute.* C'est tout *l'original* d'un acte. On l'appelle *minute*, du latin *minuta* (*scriptura*), parce qu'il est écrit en plus petit caractères que l'expédition. (*V.* art. 139,

chaque jugement aussitôt qu'ils seront rendus. Il sera fait mention, en marge de la feuille d'audience, des juges et du procureur du roi qui y auront assisté. Cette mention sera également signée par le président et le greffier.

[Notre Comm. du Tarif, t. 1er, p. 217.] — Ordonnance de 1667. art. 5, tit. 26. — Code de proc. civ., art. 139 et suiv. — Décret du 30 mars 1808, art. 36, 73 et 74. — [Notre Dict. gén. de proc., v° *Jugement*, n°s 372, 373, 378 à 383 *bis*, 385, 393, 441, 443 à 445. — Devilleneuve, v° *Jugement*, n°s 85 à 103. — Arm. Dalloz, *eod.*, n°s 237 à 261. — Locré, t. 21, p. 276, n° 24. — QUESTIONS TRAITÉES : Comment s'applique l'art. 138 ? *Q.* 589. — En signant un jugement, le président peut-il déclarer qu'il n'a pas été d'avis du prononcé? *Q.* 589 *bis*. — Les dispositions de l'art. 138, en ce qui concerne la mention en marge sont-elles exigées à peine de nullité? *Q.* 589 *ter*. — Est-ce toujours le greffier en chef qui doit signer la minute des jugements? *Q.* 590. — Le jugement serait-il nul si la minute était signée par un greffier qui serait partie aux qualités? *Q.* 591. — L'art. 138 doit-il être appliqué dans les tribunaux de commerce? *Q.* 592. — Peut-on par la feuille d'audience, et sans avoir besoin de s'inscrire en faux, prouver qu'un juge dont le nom se trouve employé dans l'expédition d'un jugement, n'y a pas concouru? *Q.* 593. — Un jugement doit-il être daté? *Q.* 593 *bis*. — Quel serait l'effet de l'omission tant sur la minute que sur l'expédition des noms des juges ou du procureur du roi? Ne suffit-il pas de désigner celui-ci par sa qualité, sans nommer l'officier du parquet qui a assisté ou porté la parole? *Q.* 593 *ter*.] (1).

---

note 1). La minute est rédigée, comme nous l'avons déjà dit, sur une feuille volante appelée *feuille d'audience;* toutes ces feuilles se réunissent, à la fin de l'année, en un cahier ou registre, qui prend le nom de *registre d'audience*, autrement de *plumitif*, c'est-à-dire registre de celui qui tient la plume à l'audience. (*V.* le *Traité des jugements* de M. Poncet, t. 1, p. 195.) La feuille d'audience contient conséquemment les motifs et le dispositif du jugement. (*Décis. minist.* du 26 sept. 1808.)

[M. Carré paraît confondre ici, comme ne faisant qu'un, le plumitif et la minute. Ce sont pourtant deux choses différentes. Il serait le plus souvent impossible au greffier d'écrire en entier le jugement à l'audience sur le prononcé du jugement, il se contente de tenir, pour mémoire, note de ses dispositions, et cela sur un registre ou cahier particulier, nommé *plumitif*. Il en transcrit ensuite la rédaction complète sur la feuille d'audience qu'on nomme *minute*. Cette rédaction doit lui être communiquée par le président qui l'a faite ou approuvée, et voilà pourquoi, lorsque la minute d'un jugement n'est pas conforme au plumitif, on doit s'en rapporter à la minute. Metz, 12 février 1817 (*S.*, t. 18, p. 345, et (*J. Av.*, t. 20, p. 481), et FAVARD DE LANGLADE, t. 3, p. 174.]

(1) **JURISPRUDENCE.**

[Nous pensons que :

1° Est nul le jugement rendu en langue italienne par un juge de paix de la Corse. Cass., 16 février 1833 (*J. Av.*, t. 50, p. 381).

2° Une Cour peut ordonner d'insérer dans la minute d'un arrêt les motifs qu'elle se rappelle avoir donnés, en le prononçant, et qui par erreur n'ont pas été consignés sur la feuille d'audience, tant que cet arrêt n'est pas attaqué par les voies de droit. Lyon, 30 août 1831 (*J. Av.*, t. 41, p. 714). Telle est aussi l'opinion de M. THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 265.

3° Une note sans signature ni paraphe ne peut balancer la foi due à l'état nominatif des juges inscrit en marge d'un jugement. Cass., 24 août 1825 (*J. Av.*, t. 34, p. 242).

4° La voie de l'inscription de faux est la seule ouverte pour prouver que c'est par erreur que la présence d'un magistrat ou du greffier a été attestée. Bourges, 24 juillet 1824; Cass., 6 et 13 novembre 1827, et 19 novembre 1835 (*J. Av.*, t. 28, p. 105; t. 34, p. 240 et 243, et t. 49, p. 669).

5° Le paraphe du président et du greffier constate, aussi légalement que tout autre renvoi, celui de la mention d'un serment qui doit être prêté à l'audience. Cass., 30 juillet 1829 (*S.*, t. 29, 1re part., p. 393).

6° Un jugement doit être déclaré nul dans la forme, lorsqu'il résulte des conclusions prises par les parties et de leurs déclarations respectives, qu'un des juges qui, dans l'expédition produite, est référé y avoir concouru, n'a pas fait partie de ceux qui ont rendu ce jugement, et que c'est par erreur que le nom de ce juge aurait été substitué dans ladite expédition à celui du juge suppléant qui l'a remplacé. Rennes, 28 juin 1820 (*J. Av.*, t. 15, p. 164).

7° Cependant on ne peut faire résulter un moyen de nullité contre un jugement ou un arrêt, de ce que la copie signifiée à la partie n'indique pas qu'il a été rendu par un nombre suffisant de juges, lorsque dans la grosse on trouve le nombre de juges exigé

XCIX. Les précautions prescrites par cet article, ont pour motif d'empêcher qu'il ne soit rien changé au jugement, et de constater qu'il a été rendu par le nombre de juges que la loi exige.

[[On n'est pas dans l'usage, ainsi que l'atteste M. DALLOZ, t. 9, p. 607, n° 9, de rédiger les jugements de renvoi de cause, ou de délibéré simple. M. PONCET, t. 1, p. 227, fait observer, avec raison, 1° que le jugement rédigé sur papier libre ne devrait pas, à cause de cette irrégularité, être déclaré nul; 2° que le défaut d'enregistrement n'entraîne pas la nullité du jugement.]]

589. *Comment s'applique l'art.* 138?

Cet article a été expliqué par une lettre du ministre de la justice, en date du 26 sept. 1808. (*S.*, t. 8, Suppl., p. 298, et *J. Av.*, t. 15, p. 80.)

Il résulte de cette lettre qu'il faut bien distinguer le prononcé d'un jugement d'avec la rédaction complète de ce jugement. Cette rédaction se fait sur les qualités signifiées entre parties, conformément à l'art. 142; mais le prononcé du jugement s'écrit sur la feuille d'audience, et c'est cet écrit qui forme ce que l'article appelle *minute du jugement.*

Il ne suffirait donc pas que la feuille d'audience contînt une note succincte du prononcé, sauf à y donner les développements nécessaires lors de la rédaction complète qu'on ferait par la suite sur les qualités. En effet, cette feuille d'audience est, comme nous venons de le dire, la véritable minute du jugement, et l'on ne peut rien y changer lors de la délivrance des expéditions. Il faut conséquemment qu'elle présente, après l'indication des noms des parties. *les motifs* et la disposition du jugement d'une manière à ne rien laisser à désirer sur tous ces objets, et à rendre toute altération impossible. (*V.* Comm. inséré aux *Annales du Not.*, t. 1, p. 272.)

[[M. PONCET, t. 1, p. 221, examine la question de savoir quel serait l'effet d'un jugement non rédigé; mais il nous semble que cette question n'est pas susceptible de difficulté; car un jugement ne peut être mis à exécution qu'autant qu'il est représenté, et le jugement qui consisterait uniquement dans le souvenir, ne pourrait être ni signifié, ni représenté. M. Poncet finit du reste par en convenir.

Cependant, il est des jugements qui produisent un effet indépendamment de la rédaction; tels sont les jugements de remise de cause, ou de délibéré.

Par qui doit être rédigé le jugement? Un grand nombre de tribunaux de première instance, sont dans l'usage de laisser rédiger les jugements par les avocats ou les avoués des parties. Cet usage a de grands inconvénients, et exige, de la part des juges, le plus scrupuleux examen : on sent combien il

---

par la loi. Cass., 6 avril 1818 (*J. Av.*, t. 15, p. 131).

8° Un avoué ne peut prétendre qu'un jugement portant contre lui une peine disciplinaire, est frappé de nullité, en se fondant sur ce que l'expédition qui lui en est signifiée ne relate ni ses conclusions, ni celles du ministère public, ni le point de droit, si cette expédition n'est qu'une copie de la feuille d'audience. Cass., 21 décembre 1830.

9° La disposition des art. 38 et 74 du décret du 30 mars 1808, relative au cas où des feuilles d'audience n'ont pas été signées dans les 24 heures, par le magistrat qui a présidé, est applicable aux jugements rendus en matière correctionnelle aussi bien qu'aux jugements civils. Bordeaux, 4 juin 1835 (*J. Av.*, t. 50, p. 114).

10° Le vœu de l'art. 138 est suffisamment rempli, lorsque l'expédition d'un arrêt contient l'énonciation que la signature du président et du greffier ont été apposées sur la minute. Il n'est pas nécessaire que les signatures soient textuellement relatées dans l'expédition; Cass., 24 mai 1821 (*S.*, t. 21, 1re part., p. 223, et *J. Av.*, t. 23, p. 194).]

serait facile de changer par la rédaction, l'intention du tribunal, c'est aussi ce qu'enseigne M. PONCET, t. 1, p. 230.]]

Il est seulement à remarquer que si l'art. 138 exige que la minute dont il s'agit soit signée par le président et par le greffier aussitôt que le jugement est rendu, néanmoins l'art. 36 du règlement du 30 mars 1808 accorde à cet effet un délai de vingt-quatre heures. (*V.* encore, sur l'art. 138, les art. 37, 38 et 74 de ce règlement.)

[[Quel sera l'effet du défaut de signature? Le jugement, dit M. MERLIN, *Rép.*, t. 17, p. 553, v° *Signature*, est frappé d'une nullité de *non existence*. En effet, l'art. 139 du Code de procédure civile, porte que «les greffiers qui délivreraient expédition d'un jugement avant qu'il soit signé, seront poursuivis comme faussaires. » C'est aussi l'avis de M. PIGEAU, t. 1, p. 556; où cet auteur dit que la grosse n'est autre chose que la copie de la minute mise en forme exécutoire; or, la minute n'a d'existence que par la signature du président et du greffier (1).

Mais cette nullité ne serait point irréparable; quoique l'art. 138 du Code de procédure civile, dise que les jugements seront signés aussitôt qu'ils seront rendus, cette disposition doit s'entendre des vingt-quatre heures qui suivent la prononciation, aux termes de l'art. 36 du décret du 30 mars 1808. Ainsi tant que les vingt-quatre heures ne sont point écoulées, la nullité ne peut être invoquée.

Il y a plus, l'art. 37 du même décret ajoute que si, dans les vingt-quatre heures suivantes, le président se trouve par l'effet d'un accident extraordinaire dans l'impossibilité de signer, le plus ancien des juges signera à sa place, et l'art. 38 veut que si, après ce double délai, la minute d'un jugement n'est pas revêtue des signatures requises, il en soit référé à la Chambre que tient le premier président, laquelle pourra, suivant les circonstances et sur les conclusions par écrit du procureur général, autoriser un des juges qui ont concouru au jugement à le signer.

Ainsi, tant que cette dernière voie n'est pas épuisée, la nullité n'est pas acquise pour défaut de signature; mais, lorsque la Cour a déclaré ne pouvoir pas à raison des circonstances, accorder l'autorisation nécessaire, le jugement doit être réputé non avenu; c'est ce qu'enseigne M. MERLIN, *Rép.*, t. 17, p. 553, v° *Signature*.

Ainsi que nous venons de le voir, lorsque le président est empêché par l'effet d'un événement extraordinaire, le plus ancien des juges qui ont concouru à ce jugement doit le signer : c'est ce qu'a prescrit textuellement l'art. 37 du décret du 30 mars 1808, cité plus haut; mais il peut arriver que le plus ancien juge, en signant en remplacement du président, omette de constater qu'un accident extraordinaire avait mis celui-ci dans l'impossibilité de le faire, ou qu'il l'a été dans les vingt-quatre heures qui ont suivi immédiatement la prononciation; c'est ce qui avait eu lieu dans l'espèce d'un arrêt de la Cour de Toulouse du 10 avril 1820 (*J. Av.*, t. 15, p. 158); et il ne pouvait pas y avoir de difficulté, parce qu'en fait les deux parties convenaient que le jugement avait été réellement rendu, et qu'il l'avait été par le nombre des juges voulu par la loi. Or, la signature du président n'étant pas une forme substantielle, mais seulement une forme probante du jugement, elle se trouvait suppléée suffisamment par l'aveu des parties.

---

(1) [Cependant il a été décidé par la Cour de cassation, en matière de police, le 29 messidor an VIII (*J. Av.*, t. 15, p. 44), et en matière civile, par les Cours de Paris, 31 juillet 1828 (*J. Av.*, t. 38, p. 191), et de Bourges, 9 janvier 1827 (*Gaz. des Trib.* du 1er février 1827), qu'un jugement non signé pouvait, suivant les circonstances, être déclaré valablement existant. Ces arrêts ne nous paraissent pas devoir faire jurisprudence.]

Mais si elles n'avaient point été d'accord sur son existence ou sur son contenu, la loi était-elle exécutée? Non, sans doute, dit M. MERLIN, *Repert.*, t. 17, p. 555. On ne peut séparer la faculté accordée au plus ancien juge de remplacer, par sa signature, celle du président, des conditions sous lesquelles ce pouvoir lui est confié. Or, ces conditions sont qu'il se soit écoulé plus de vingt-quatre heures depuis la prononciation du jugement à l'audience, et qu'un événement extraordinaire ait mis le président dans l'impossibilité de signer. Hors ces deux cas, le plus ancien juge est sans pouvoir pour signer, et, s'il le fait néanmoins, il fait un acte radicalement nul; et c'est aussi l'avis de M. DALLOZ, t. 9, p. 616, n° 6. Il aurait donc fallu, ajoute M. Merlin, *ubi supra*, dans l'espèce du procès, au lieu de confirmer le jugement, le soumettre à l'épreuve ordonnée par les art. 38 et 74 du décret du 30 mars 1808.

Si le président décédait depuis le jugement, mais avant de l'avoir signé, ce serait véritablement l'événement extraordinaire qui autoriserait le plus ancien juge à signer.

Mais, ainsi que nous venons de le dire, il ne pourrait le faire que pendant les vingt-quatre heures qui suivent les premières depuis la prononciation du jugement. Or, il peut arriver, et il est effectivement arrivé au décès du président du tribunal civil de Versailles, que plusieurs jugements se sont trouvés sans signature. Un arrêt de la Cour de Paris a ordonné qu'ils seraient signés par un juge du tribunal. Cette décision, citée et approuvée par les auteurs du *Praticien français*, t. 1, p. 410, a nécessairement précédé la promulgation du décret du 30 mars 1808, et l'on voit qu'elle serait encore aujourd'hui conforme aux dispositions de l'art. 38 de ce décret.

En matière correctionnelle, la Cour de cassation a décidé, le 4 décembre 1812 (*J. Av.*, t. 15, p. 102), que, quand la feuille d'audience n'a pas été signée par le président, pour cause de maladie ou de décès, elle doit être signée par les autres membres du tribunal qui ont concouru au jugement.

Suivant une décision du ministre de la justice du 31 octobre 1809 (*J. Av.*, t. 15, p. 84), l'art. 138 du Code de procédure civile est applicable aux tribunaux de commerce.]] **Supp. alph.**, v° *Jugement*, n. 74 et suiv

[[**589** bis. *En signant un jugement, le président peut-il déclarer qu'il n'a pas été d'avis du prononcé?*

Non, sans doute; le secret des délibérations s'oppose à toute manifestation particulière ou officielle de la part des magistrats qui ont rendu un arrêt ou un jugement. Ils doivent ou respecter la décision, ou donner leur démission. Depuis 1830, deux magistrats de la Cour royale de Poitiers ont préféré donner leur démission que de signer l'arrêt qui mettait en accusation Mme la duchesse de Berri; et, comme l'a dit M. Mourre, procureur général, une protestation, un acte quelconque, par lequel un juge, s'isolant de ses collègues, exprime une opinion contraire à celle qui a été consacrée par une décision à laquelle il a concouru, porte atteinte à la dignité de la magistrature et au respect dû à l'autorité de la chose jugée. Un pareil acte est également contraire à toutes les règles anciennes et modernes, aux ordonnances et aux lois qui défendent aux magistrats de faire connaître ce qui s'est passé dans le secret de la délibération, et qui, en leur imposant l'obligation de signer les arrêts du jugements auxquels ils ont participé, exige par cela même que chacun d'eux en accepte la responsabilité.

Cette doctrine, toute de droit public, enseignée par MM. FAVARD DE LANGLADE, t. 3, p. 175, v° *Jugement*; PIGEAU, t. 1, p. 490; MERLIN, t. 17, p. 557, et DALLOZ, t. 9, p. 616, n° 6, a été consacrée par deux arrêts formels de la Cour de cassation des 21 avril 1827 (*J. Av.*, t. 33, p. 154), et 27 juin 1822 (*S.*, 1822, 1re part., p. 266).

M. Dalloz, *loco citato*, fait observer avec raison que si, au moment de signer une décision, il y avait dissidence sur la manière dont elle a été prononcée et sur la rédaction des motifs qui, ordinairement, comme l'a écrit M. THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 269, sont le fait du président, il faudrait suivre l'avis de la majorité.]] **Supp. alph.**, v° *Jugement*, n. 90.

[[**589** ter. *Les dispositions de l'art.* 138, *en ce qui concerne la mention en marge, sont-elles exigées à peine de nullité ?*

Nous adoptons l'affirmative, par ce motif qui a également touché M. DALLOZ, t. 9, p. 616, n° 5, que tout jugement doit prouver, par lui-même, l'accomplissement des formalités prescrites par la loi; toutefois, cette opinion est combattue par M. PONCET, t. 1, p. 228, qui se fonde sur ce que la légalité d'un jugement est présumée jusqu'à preuve contraire. Cette raison est évidemment détruite par le texte même de l'art. 138, qui a prescrit la mention du nom des juges, et qui a exigé les mêmes signatures que pour la minute elle-même.

Nous ferons une seule concession : c'est que la place de la mention n'est pas sacramentelle; la loi s'est servie de ces mots *en marge ;* mais si, en tête de la minute ou à la suite des derniers mots, cette mention a été insérée d'une manière exacte, nous ne faisons pas de difficulté de décider qu'alors il n'y aura pas nullité. La loi a voulu la *mention :* cette *mention* existe, donc la loi n'a pas été violée.]]

590. *Est-ce toujours le greffier en chef qui doit signer la minute des jugements?*

C'est ou le greffier en chef, s'il a tenu l'audience, ou le commis assermenté qui l'aurait tenue à sa place. (Arg. de l'art. 91 du règl. du 30 mars. *V.* PIGEAU, t. 1, p. 523.)

[[M. DALLOZ, t. 9, p. 617, adopte cette solution; nous croyons cette manière de procéder plus régulière, quoique la nullité ne nous paraisse pas devoir être prononcée dans le cas où la minute serait signée par un autre greffier que par celui qui a tenu la plume à l'audience.

Aussi, la jurisprudence de la Cour de cassation a-t-elle admis, avec beaucoup de facilité, la preuve de la présence du greffier à l'audience. Sa signature suffit, aux termes de trois arrêts des 19 août 1834, 18 décembre 1837 et 3 janvier 1838 (*J. Av.*, t. 47, p. 580, et t. 54, p. 311 et 312), et si, le 11 août 1838, cette Cour a cassé un jugement pour défaut de présence du greffier, c'est que la preuve de l'assistance ne ressortait, *ni du mode ordinaire de constatation résultant de la signature*, ni d'aucune énonciation dont on pût l'induire (*J. Av.*, t. 55, p. 680).

Toutefois, nous ne dirons pas, avec la Cour de Paris, arrêt du 26 avril 1830 (*J. Av.*, t. 39, p. 181), que la signature du président et du rapporteur suffisent pour établir la preuve de l'existence du jugement, parce que nous admettons, avec l'arrêt du 11 août 1838 de la Cour de cassation, qu'il est de droit public qu'il n'y a de tribunal légalement composé qu'autant que le greffier en fait partie; la Cour de Paris avait reconnu que l'art. 138 était applicable aux jugements d'adoption : elle devait alors exiger la preuve expresse ou implicite de la présence du greffier du tribunal où l'adoption avait été prononcée.

Nous n'hésitons pas à décider, conformément à un usage constant et à l'opinion de M. PONCET, t. 2, p. 223, et DALLOZ, t. 9, p. 616, n° 3, que le jugement est valable, quoiqu'il soit rédigé par un autre que par le greffier, pourvu que ce dernier y ait apposé sa signature.]] **Supp.**, n. 460. Arr. Cass. conf.

591. *Le jugement serait-il nul, si la minute était signée par un greffier qui serait partie aux qualités ?*

On eût pu soutenir autrefois l'affirmative de cette question, en se fondant sur ce que les greffiers pouvaient être récusés dans les causes de leurs parents et alliés, et devaient se récuser dans celles où ils avaient intérêt. (JOUSSE, *Traité de l'adm. de la justice civile*, t. 2, p. 281.)

L'auteur du *Nouveau Répertoire*, au mot *Greffier*, t. 5, p. 587, se borne à remarquer que les lois nouvelles sont absolument muettes sur cette matière Or, l'art. 1041 du Code de procédure abroge toutes lois, usages, coutumes et règlements relatifs à la procédure civile. Puisqu il n'autorise pas la recusation du greffier, et ne lui prescrit pas de s'abstenir; puisque, d'un autre côté, il n'interdit pas, à peine de nullité, à cet officier, de tenir la plume à l'audience, dans le cas où il serait partie; puisqu'enfin un greffier est étranger à la délibération et à la décision des juges; que son ministère est borné à être témoin du jugement, à l'écrire suivant la marque du président, ou tel que celui-ci l'a dicté; que conséquemment il ne peut influer en rien sur l'acte du tribunal, et que tout intérêt de le récuser disparaît, la nullité du jugement manque de base, et ne peut être accueillie; Rennes, 2e chambre, 3 janvier 1818 (*J. Av.*, t. 15, p. 130).

[[Dans le silence de la législation, dit M. DALLOZ, t. 9, p. 617, et nous l'approuvons, l'opinion de M. Carré doit être suivie.]] **Supp. alph.**, v° *Jugement*, n. 89.

592. *L'art.* 138 *doit-il être appliqué dans les tribunaux de commerce?*

Cet article est obligatoire dans tous les tribunaux. *V.* Lettre du ministre de la justice du 31 octobre 1809 (*S.*, 1810, suppl., p. 12, et *J. Av.*, t. 15, p. 84).

[[M. FAVARD DE LANGLADE, v° *Paiement*, t. 3, p. 181, pense même, avec raison, que cet article est applicable aux justices de paix.]] **Supp. alph.**, v° *Tribunal de commerce*, n. 376.

593. *Peut-on, par la feuille d'audience et sans avoir besoin de s'inscrire en faux, prouver qu'un juge, dont le nom se trouve employé dans l'expédition du jugement, n'y a pas concouru ?*

L'affirmative est la conséquence nécessaire d'un arrêt rendu par la Cour de cassation, le 13 juillet 1808. (*V.* DENEVERS, suppl., 1808, p. 177, et *J. Av.*, t. 14, p. 347. Nous concluons encore de cet arrêt, que l'on peut, sans avoir besoin de s'inscrire en faux, prouver par la feuille d'audience l'existence ou la non-existence de tout fait qui serait relaté dans l'expédition d'un jugement, et que cette feuille doit constater; mais il est entendu que le tribunal n'en serait pas moins autorisé, suivant les circonstances, à permettre l'inscription (1).

---

(1) Remarquons ici que, par arrêt du 16 mai 1821 (*S.*, t. 21, 1re part., p. 221, et *J Av.*, t. 23, p. 184), la Cour de cassation a décidé, par application de l'art. 138 ci-dessus, et de l'art. 7 de la loi du 20 avril 1810, que dans le cas où il est constaté par le jugement que la cause a été appelée à son jour de plaidoirie, à telle ou telle audience, à l'une desquelles il est reconnu qu'un des juges nommés au jugement n'a pas assisté, ce jugement est nul. [*V.* sur ce moyen de nullité la *Quest.* 486 *bis*, *suprà*, sous l'art. 116.)] On voit que cet arrêt confirme la solution donnée sur la question ci-dessus, puisque afin de faire déclarer cette nullité, il n'y a pas eu besoin d'une inscription de faux.

Au surplus, lorsque l'expédition du jugement est dans la forme voulue par la loi, foi doit être ajoutée à tout son contenu : des extraits de plumitif qui ne contiendraient que des notes imparfaites, ou qui ne référeraient aucunes signatures du président ou

[[Disons d'abord que, si l'on remarque une espèce de contradiction entre le texte de la réponse de M. Carré et sa note, cette contradiction n'est qu'apparente. Notre savant maître a voulu dire qu'un certificat du greffier ne suffisait pas pour détruire la foi due à une expédition authentique, et il a eu raison : c'est la jurisprudence constante de la Cour de cassation ; on peut ajouter à l'arrêt de 1819, ceux des 3 décembre 1827, 14 mai 1828 et 17 février 1835 (*J. Av.*, t. 34, p. 210; t. 35, p. 246, et t. 48, p. 226). C'est en citant, comme contraire à cette doctrine, l'arrêt de la Cour de Paris, du 5 avril 1808, que M. Carré a commis une erreur. Cet arrêt a aussi consacré une opinion désormais incontestable, et adoptée par notre auteur lui-même, à savoir que *la feuille d'audience*, pièce authentique, peut prouver le vice de l'expédition. Tel est le sentiment de M. THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 266, et c'est ce qu'a jugé trois fois la Cour de cassation, dans les arrêts des 6 avril 1831, 5 et 7 juin 1832 (*S.*, 1831-1-274, et *J. Av.*, t. 43, p. 691 et 692), et ce qui résulte aussi d'un arrêt de la Cour de cassation de Bruxelles du 13 février 1835 (*J.* de cette Cour, t. 1 de 1835, p. 319). *V.* la sévérité de la jurisprudence, en ce qui concerne les partages. *Q.* 494.]] **Supp. alph.**, v° *Jugement*, n. 91 et 92.

[[**593** bis. *Un jugement doit-il être daté?*

La date est si utile sous une infinité de rapports, son absence donnerait lieu à de si graves inconvénients, qu'on ne peut s'empêcher de décider qu'il est bon et régulier de ne pas l'omettre, et que telle a été certainement l'intention du législateur.

L'ordonnance de 1667 avait une disposition formelle qui l'exigeait à peine de nullité, mais rien de semblable ne se rencontre dans le Code de procédure.

MM. PONCET, t. 1, p. 231 ; MERLIN, *Quest. de Droit*, t. 4, p. 4, v° *Jugement*. et DALLOZ, t. 9, p. 618, n° 8, en concluent, avec raison, que ni l'absence, ni l'erreur, ni la fausseté de la date n'emporteraient nullité du jugement, quoique la Cour de cassation l'ait prononcée, pour la fausseté, le 13 pluviôse an VIII (*J. Av.*, t. 15, p. 43) (1).

Mais, en cas d'omission, l'incertitude qui en naîtra pourra être mise à profit par toutes les parties, suivant leur position; le jour où le jugement a été rendu pourra d'ailleurs être établi par témoins.

En cas d'erreur, on pourra la rectifier par les circonstances.

En cas de fausseté, on se pourvoira par l'inscription de faux.]]

[[**593** ter. *Quel serait l'effet de l'omission, tant sur la minute que sur l'expédition, des noms des juges, ou du procureur du roi? Ne suffit-il pas de désigner celui-ci par sa qualité, sans nommer l'officier du parquet qui a assisté ou porté la parole?*

La mention des noms des juges étant exigée (art. 138 et 141) pour s'assurer

---

du greffier, ne peuvent y porter atteinte. Rennes, 19 juill. 1808, et 4 mars 1820 (*J.P.*, 3e éd., t. 15, p. 832).

NOTA. De même, lorsque l'expédition d'un arrêt énonce un fait duquel résulterait la nullité de cet arrêt; par exemple, s'il est dit qu'il a été rendu par six juges, la preuve contraire ne peut être faite par un certificat du greffier, portant que c'est par erreur que la présence du septième juge n'a pas été mentionnée. Cass., 26 mai 1819 (*S.*, t. 20, 1re part., p. 21 et *J. Av.*, t. 15, p. 150).

Cette décision est contraire à un arrêt de la Cour de Paris du 5 avril 1808, qui a décidé que si l'expédition porte les noms d'un juge qui n'a pas concouru au jugement, ce jugement n'est pas nul, s'il est prouvé que ce n'est qu'une erreur de copiste. (*S.*, t. 8, 1re part., p. 155, et *J. Av.*, t. 15, p. 75.)

(1) [Sous l'empire de l'ordonnance.]

s'ils étaient en nombre requis, et si chacun d'eux avait qualité pour y figurer, toutes circonstances essentielles dont le jugement lui-même doit fournir la preuve, Cass., 11 février 1835 (*J. Av.*, t. 48, p. 375), il n'y a pas de doute que celui qui ne donnerait pas ces indications serait nul, comme l'enseignent MM. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 326; THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 267, et BOITARD. t. 1, p. 443, et que l'a expressément jugé la Cour de cassation, le 24 novembre 1834 (*J. Av.*, t. 48, p. 163).

Mais ni le lieu ni la forme de cette désignation ne sont sacramentels, d'où il suit que le nom du président, qui ne se trouve pas dans le corps de la rédaction, est utilement suppléé par la signature apposée au bas du jugement, Cass., 27 février 1827 (*J. Av.*, t. 33, p. 44), que mentionner l'assistance du *premier président*, équivaut à le nommer, puisqu'il n'y en pas deux dans la même Cour; Cass., 3 juin 1829 (*S.*, 29-1-225); que lorsqu'un arrêt est rendu après partage, et qu'il porte qu'il est rendu par les magistrats qui avaient siégé lors du partage, cette circonstance est suffisante; Cass., 19 août 1828 (DALLOZ, 1828-1-388).

Mais si la loi demande l'indication des juges qui ont concouru au jugement, elle ne va pas jusqu'à exiger en détail la mention que ces juges sont les mêmes qui ont assisté à toutes les plaidoiries et à toutes les audiences où elles ont eu lieu. C'est une maxime constante, dit M. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 326, que, toutes les fois que la loi exige une formalité des juges, sans les astreindre à l'attester, ils sont présumés l'avoir remplie. Ainsi, d'ailleurs, l'ont décidé deux arrêts de la Cour de cassation des 4 mai 1829 (DALLOZ, 1829-1-235), et 24 août 1834 (*J. Av.*, t. 47, p. 694). Les feuilles d'audience seraient d'ailleurs suffisantes pour constater que les mêmes juges ont constamment siégé.

Quant au procureur du roi, la loi (art. 141) exige aussi qu'on le désigne, s'il a été entendu, et le jugement qui manquerait de cette mention, tant sur la minute que sur l'expédition, serait nul, comme l'a jugé la Cour de cassation, les 16 vendémiaire et 29 frimaire an XIII (*J. Av.*, t. 15, p. 64), et que l'enseignent MM. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 326 et 329; MERLIN, *Répert.*, t. 6, p. 605, et *Quest. de Droit*, t. 4, p. 7; FAVARD DE LANGLADE, t. 1, p. 154; THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 267, et BOITARD, t. 1, p. 444.

Mais c'est avec raison, selon nous, qu'un arrêt de la Cour de cassation du 32 juin 1833 (*J. Av.*, t. 45, p. 686), et que MM. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p, 326, et BOITARD, t. 1, p. 444, bornent cette nullité au cas où il s'agit de causes dans lesquelles la présence et l'audition du ministère public etaient essentielles. Dans les cas, au contraire, où elles ne sont pas exigées, la nullité serait sans grief.

Faut-il absolument mentionner le nom de l'officier du parquet qui a porté la parole, ou suffit-il de le désigner par son titre, ou enfin de dire que le ministère public a été entendu?

Ce dernier mode serait certainement insuffisant, puisqu'il ne ferait point connaître le magistrat qui aurait rempli ces fonctions, ce qui peut néanmoins être utile pour savoir s'il avait qualité.

Quant à celui qui consiste à le désigner par son titre, il ne peut suffire non plus lorsque ce titre n'appartient pas exclusivement à un seul, par exemple celui d'avocat général, qui ordinairement est commun à plusieurs officiers du même siége; il peut être suffisant lorsqu'un seul magistrat en est revêtu, comme celui de substitut dans la plupart des petits tribunaux. La désignation du *procureur du roi* ou du *procureur général*, par son titre, n'offrirait peut-être pas la même certitude, parce qu'il n'est pas rare qu'on l'attribue aux officiers qui le représentent.

Au reste, le point de savoir si la désignation est suffisante, même dans ce dernier cas, dépend beaucoup des circonstances de fait, par exemple, si sur le plumitif on retrouve le nom du magistrat tenant le parquet le jour du jugement.

La Cour de Nîmes a jugé, d'une manière absolue, que le nom du magistrat était indispensable; 1er août 1827 (*J. Av.*, t. 39, p. 108). Cette opinion repose, il faut l'avouer, sur le texte même de la loi; cependant des équipollents ont été admis par les Cours de Montpellier, 20 mai 1829 (*J. Av.*, t. 37, p. 346); de Lyon, 24 janvier 1834 (*J. Av.*, t. 46, p. 315); de Bruxelles, 17 juin 1835 (*J. de cette Cour*, t. 2 de 1836, p. 5); par la Cour de cassation de France, le 12 juin 1828 (*S.*, 1828-1-351), et, le 9 décembre 1835 (*J. Av.*, t. 51, p. 594), et par celle de Belgique, les 14 avril, 17 juin et 23 novembre 1835 (*J. de Bruxelles*, t. 1 de 1835, p. 319 et 338, et t. 1 de 1836, p. 105).

Si l'omission ne se trouve que sur l'expédition, elle peut être réparée par la représentation de la feuille d'audience. (*Voir* la *Quest.* 593 *suprà*, et *infrà* le n° 5 de nos observations sur la *Quest.* 594.]]

ART. 139. Les greffiers qui délivreront *expédition* (1) d'un jugement avant qu'il ait été signé, seront poursuivis comme faussaires (2)

Disposition approximative de celle de l'art. 6, ordonnance de Charles VII, juillet 1493. — C. d'inst. crim., art. 196, 448 et suiv. — C. de proc., art. 140, 1029. — [Arm. Dalloz, v° *Jugement*, n° 262.]

C. On voit que cette disposition a pour but d'empêcher que l'on n'élude celle de l'article précédent.

ART. 140. Les procureurs du roi et généraux se feront représenter tous les mois les minutes des jugements, et vérifieront s'il a été satisfait aux dispositions ci-dessus. En cas de contravention, ils en dresseront procès-verbal, pour être procédé ainsi qu'il appartient dra.

CI. L'obligation imposée par cet article aux procureurs du roi tend à prevenir sans retour des négligences coupables, qui malheureusement n'ont pas été sans exemple, et qui ont trouble le repos d'un grand nombre de familles. Comment a-t-il pu se faire que des jugements rendus depuis plusieurs mois n'aient pas été signés, et comment suppléer à la signature du président et du greffier morts dans l'intervalle? Comment s'assurer, après un laps de temps considérable, et lorsque plusieurs membres d'un tribunal n'existeraient peut-être plus, de la véritable teneur d'un jugement? Cet abus n'existera plus : les procureurs du roi sont l'œil du gouvernement, et l'on ne doit pas craindre qu'une surveillance placée dans leurs mains reste sans effet. (*Exposé des motifs.*)

ART. 141. La rédaction des jugements contiendra les noms des juges, du procureur du roi, s'il a été entendu, ainsi que des avoués; les noms, professions et demeures des parties, leurs *conclusions* (3),

---

(1) *Expédition*, c'est la copie de la minute. Cette copie est ainsi appelée du latin *expedire*, délivrer.

(2) *Faussaires*. Devant la Cour d'assises, et non pas devant un tribunal correctionnel. Cass., 22 août 1817 (*J. Av.*, t. 14, p. 522).

(3) *Conclusions*, de *conclusio*, formé de *concludo*, fermer avec. En général, c'est la

l'exposition sommaire des *points de fait et de droit* (1), les motifs et le *dispositif* (2) des jugements.

Art. 15, tit. 5. loi du 24 août 1790, et loi du 20 avril 1810, art. 7. — Code d'inst crim, art. 196. — Code de proc., art. 83, 111, 433. — [Notre Comm. du Tarif, t. 1er, p. 218, n° 84. — Notre Dict. gén. de proc., vis *Exception*, n° 246; *Jugement*, nos 128 à 142, 144 à 174, 177 à 345. — Devilleneuve, vis *Jugement*, nos 67 à 84; *Motifs*, nos 1 à 82 *bis*. — Arm. Dalloz, vis *Jugement*, nos 292 à 387; *Motif*, nos 1 à 219. — Locré, t. 21, p. 427, n° 79. — QUESTIONS TRAITÉES : Les formalités prescrites par l'art. 141 doivent-elles être observées à peine de nullité? *Q.* 594. — Comment s'applique la disposition de l'art. 141, en ce qui concerne l'énonciation des motifs d'un jugement ou d'un arrêt? *Q.* 595. — Les motifs doivent-ils à peine de nullité, être prononcés à l'audience? *Q.* 595 *bis*. — Lorsqu'on oppose à une partie la nullité d'un jugement ou d'un arrêt qu'elle a obtenu, en se fondant sur l'inobservation des dispositions de l'art. 141 du Code de procédure, peut-elle s'inscrire en faux pour prouver que la loi a été fidèlement observée? *Q.* 595 *ter*. — L'art. 141 doit-il être observé à peine de nullit dans les justices de paix et dans les tribunaux de commerce? *Q.* 596.] (3)

CII. La loi indique en cet article quelle est la forme de la rédaction de jugements, quels noms et quelles signatures ils doivent contenir : rien n'es plus important qu'une rédaction claire, qui constate l'observation de tout c qui est nécessaire pour qu'un jugement soit légal, et qui ne laisse aucune pri à la mauvaise foi; « car, disait d'Aguesseau (*Mercuriale sur l'attention*), « chicane vaincue a encore ses ressources. A peine se voit-elle accablée sous « le poids de l'équité, qu'elle pense déjà à réparer ses pertes et à relever les « débris de son injustice : il n'est rien que sa subtilité ne tente pour dérober « au vainqueur tout le fruit de sa victoire; et qui sait si elle n'osera pas porter « ses vues sacrilèges jusque sur l'oracle même, pour y glisser; s'il est pos-

---

fin d'un discours, d'une affaire. En termes de pratique, les *conclusions* sont les demandes et prétentions qu'un plaideur forme contre sa partie adverse, et qu'il maintient devoir lui être adjugées; ce sont *les fins* qu'il se propose.

(1) *Point de fait*, c'est l'objet du procès; *point de droit*, ce sont les questions que les faits présentent à résoudre pour l'application de la loi à ces faits.

(2) *Dispositif*, de *disponere*, disposer, ordonner; c'est ce qu'*ordonne* le jugement.

(3) JURISPRUDENCE.

[Nous pensons que :

1° La nécessité des quatre parties distinctes, exigées par la loi du 24 août 1790, est applicable aux jugements rendus en matière de divorce. Paris, 9 frimaire an XIV (*J. Av.*, t. 15, p. 61);

2° Sous l'empire de la loi du 11 brumaire an VII, il n'était pas nécessaire qu'un jugement d'adjudication présentât, dans sa rédaction, les quatre parties exigées par l'article 15, tit. 2 de la loi du 24 août 1790. Cass., 27 fructidor an X (*J. Av.*, t. 15, p. 55). Cet article n'était point applicable non plus aux arrêts de la Cour royale de la Martinique, avant le 24 septembre 1828; Cass., 13 nov. 1827 (*J. Av.* t. 34, p. 210);

3° Les arrêts rendus dans l'île de Cayenne ou la Guyane française, doivent, à peine de nullité, contenir *les noms des juges*, *la mention de la publicité*, *l'exposé des points de fait* et des points de droit, et être motivés. Le Code de procédure est en vigueur dans cette colonie, depuis le 25 janvier 1818. Cass., 21 mai et 3 juillet 1821 (*J. Av.* t. 23, p. 236);

4° Le Code de procédure civile a été promulgué, et est exécutoire à la Guadeloupe, en conséquence les jugements et arrêts doivent être rendus suivant toutes les formalités qu'il exige, et en contenir mention à peine de nullité. Cass., 13 juillet et 20 décembre 1825 (*J. Av.*, t. 30, p. 341).

5° Lorsqu'une partie appelle d'un jugement parce qu'il n'est pas motivé, et que la Cour royale, sans statuer sur cette demande, annulle le jugement pour autre cause, cette partie est sans intérêt à se pourvoir en cassation contre cet arrêt, et par suite son pourvoi doit être rejeté. Cass., 17 mai 1810 (*J. Av.*, t. 15, p. 86);

6° Lorsqu'un arrêt a confirmé un jugement de première instance, sans en adopter les motifs, on ne peut s'appuyer sur ces motifs non reproduits par l'arrêt, pour le justifier devant la Cour de cassation. Cass., 8 avril 1814 (*J. Av.*, t. 15, p. 108);

7° Celui qui a fait annuler un arrêt pour défaut de motifs ne peut se prévaloir des dispositions de cet arrêt. Cass., 13 mars 1828 (*S.*, 1828-1-324).]

« sible, des termes obscurs, des expressions équivoques, dont elle puisse se « servir un jour pour en combattre la foi ou pour l'éluder?... Efforts impuis- « sants, artifices inutiles contre un magistrat attentif! Il pèse toutes les pa- « roles de son jugement, avec autant de religion qu'il a pesé son jugement « même; et, par cette dernière attention, il imprime, pour ainsi dire, le sceau « de l'éternité sur les ouvrages de sa justice. » (*Rapp. au Corps législatif.*)

594. *Les formalités prescrites par l'art.* 141 *doivent-elles être observées à peine de nullité?*

Nous remarquerons qu'à quelques modifications près, cet article reproduit les dispositions de l'art. 15 du tit. 5 de la loi du 24 août 1790, et que, d'après l'art. 2 de la loi du 4 germinal an 2, on a constamment jugé que toute contravention à ces dispositions emportait la peine de nullité.

Mais l'art. 141 ne prononce pas cette peine, et, d'un autre côté, l'art. 1030 défend de suppléer des nullités que le Code ne prononce pas d'une manière formelle.

Sur ce motif, M. MERLIN, dans son *Nouveau Répertoire*, au mot *Jugement*; M. TOULLIER, t. 10, p. 201, n°s 135 et suiv., établissent, et la Cour de Rennes, conformément à un arrêt de celle de cassation du 8 août 1808 (*J. Av.*, t. 15, p. 36, 2e espèce), section des requêtes, a décidé que la peine de nullité n'était point attachée à la violation des formalités prescrites par cet article 141. (V. *S.*, 1808, 1re partie, p. 505, et le *J.* des arr. de la Cour de Rennes, t. 1, p. 234, et t. 5, p. 8.)

Mais la section civile de la Cour de cassation (*S.*, t. 11, 1re part., p. 268, et *J. Av.*, t. 15, p. 36, 3e espèce), a cassé, le 11 juin 1811, un arrêt de la Cour d'appel de Metz qui ne contenait pas dans sa rédaction quelques-unes des formalités exigées par l'article précité. Elle a considéré que cet arrêt manquait des formes *essentielles* et *constitutives des jugements*, prescrites, soit par l'article 141, soit par l'art. 15 du tit. 5 de la loi du 24 août 1790.

Nous ne pensons pas, comme M. Sirey paraîtrait le croire dans une note qu'il a ajoutée à cet arrêt, que l'on puisse limiter cette décision aux arrêts des Cours et aux jugements rendus en dernier ressort (1).

Sans nous arrêter à la considération qu'elle a été prise relativement à un arrêt rendu antérieurement à la publication de la loi du 20 avril 1810, d'où suit que cette loi n'a pu influer sur elle; sans insister pour prouver que l'art. 7 de cette même loi, qui prononce la nullité des arrêts qui ne présenteraient pas l'observation des formalités qu'il exige, et dont partie se retrouve dans l'article 141, ne peut faire supposer que ce dernier ne serait pas obligatoire sous cette peine, soit pour les jugements des tribunaux inférieurs, soit pour les arrêts qui auraient omis celles des formalités qu'il prescrit, mais que la loi du 20 avril ne reproduit pas, nous nous bornerons aux observations suivantes :

1° On ne saurait douter que l'art. 141 ne s'applique aux arrêts des Cours conformément à l'art. 470; donc, si l'art. 141 emporte nullité, les arrêts dans lesquels on aurait omis quelques-unes de ces formalités seront nuls

---

(1) La Cour de Rennes a jugé le contraire, par arrêt du 4 mars 1820 (V. *Journ.*, t. 5, p. 446, et *J. P.*, 3e éd., t. 15, p. 832), en annulant, par application de l'art. 7 de la loi du 20 avril 1810, un jugement du tribunal de première instance de Rennes. Elle a encore appliqué le même article à un jugement, par arrêt du 6 juillet 1818, ci-dessous cité à la note (*J. Av.*, t. 15, p. 135).

lors même que ces formalités omises ne seraient pas exigées par la loi du 20 avril;

2° L'art. 141 ne fait aucune distinction entre les jugements rendus en dernier ressort et ceux qui ne l'auraient été qu'à charge d'appel : donc la nullité des premiers serait prononcée par la Cour de cassation, chargée, comme elle le dit dans le second considérant de l'arrêt du 11 juin 1811, d'annuler les actes irréguliers émanés des Cours et des tribunaux jugeant en dernier ressort; donc les Cours d'appel annuleront dans la forme, et sauf à rendre au fond jugement nouveau, conforme ou contraire, tout jugement en premier ressort qui présenterait de semblables irrégularités; Paris, 27 mai 1807 (*J. P.*, 3e éd. t. 6, p. 116, et *J. Av.*, t. 15, p. 73).

Puisque l'art. 141 est obligatoire sous peine de nullité, il est présumable que l'on annulerait tout jugement qui ne présenterait que d'une manière incomplète, ou non équivalente, l'observation des formalités que cet article exige. (*V.* BERRIAT SAINT-PRIX, p. 252, not. 36; PONCET, t. 1, p. 196 et suiv., et la note 6 sur la *Quest.* suivante.)

Ainsi, suivant la jurisprudence de la Cour de cassation, antérieure à la publication du Code, on annulerait un jugement ou un arrêt, si, par exemple, plusieurs personnes étant en cause, quelques-unes seulement étaient dénommées, même avec cette addition : *et autres demandeurs et défendeurs;* si, dans les cas où le procureur du roi doit être *entendu*, on mentionnait seulement sa présence à l'audience, etc., etc.

Ces questions et plusieurs autres, que nous ne croyons pas nécessaire de rappeler, parce qu'il est à présumer qu'elles se présenteront rarement ont été résolues de la sorte par suite du principe que l'art. 15 du tit. 5 de la loi du 24 août 1790 emportait la nullité. (*V.* au surplus, le *Nouveau Répertoire*, t. 6, p. 556, et les *Tables* de Bergognié, au mot *Jugement* (1).

---

(1) Pour appuyer de plus en plus cette opinion, nous ajouterons celle que professe M. Perrin, dans son *Traité des nullités*, p. 221. « Le titre de jugement, dit-il, et la « puissance qui distingue un acte de ce « genre, ne sont accordés qu'à un ensemble « de formalités qui ne peut être scindé ni rester incomplet sans faire évanouir le tout. Il n'est donc pas nécessaire que la loi attache expressément la peine de nullité à une pièce informe, que des magistrats inattentifs auraient qualifiée de jugement. »

Cette proposition reçoit encore un nouvel appui des décisions suivantes de la Cour de Rennes :

1° Un jugement est nul lorsqu'il y a omission, soit des points de fait ou de droit, soit des conclusions des parties, parce que ces objets font partie intégrante du jugement, qui est incomplet, dès qu'il ne les renferme pas. En effet, l'art. 1030 n'étant applicable qu'aux exploits et actes de procédure, il s'ensuit qu'un jugement privé d'une de ses parties constitutives n'est pas un jugement légal, et doit par conséquent être annulé. Rennes, 2 octobre 1813, 2 août et 8 septembre 1815, et 21 juin 1816, *Journ.*, t. 4, p. 347 et 533, et *J. Av.*, t. 15, p. 37, 4e esp.

2° Un jugement est également nul, si les qualités ne sont pas en harmonie avec le dispositif; car ces qualités doivent être considérées comme étrangères au jugement, et, par suite, comme si elles n'existaient pas. Rennes, 20 janv. 1812; *V.* aussi cassat., 4 prairial an IX, *S.*, t. 1, 1re part., p. 449, et *J. Av.*, t. 18, p. 602.

Il est vrai que toutes ces décisions ont été rappelées devant la 2e chambre de la même Cour, et qu'elle a néanmoins jugé, par arrêt du 6 janvier 1818 (*J. Av.*, t. 13, p. 153), qu'un jugement qui énonçait les noms d'une partie seulement, en ajoutant et *autres* qu'il ne dénommait pas, présentait bien une contravention aux art. 141 et 142, mais n'était pas nul, *attendu que ces aticles ne prononcent point la nullité des jugements qui ne sont pas conformes à leurs dispositions.*

M. Perrin, dans le passage ci-dessus cité, répond au motif donné par la Cour de Rennes de cette décision, qui n'est d'ailleurs appuyée d'aucun autre que nous ne croyions avoir prévu et réfuté

[[M. BONCENNE, t. 2, p. 447 à 454, a été bien plus explicite que M. Carré; il a examiné la difficulté sous toutes ses physionomies, en pure théorie, sans se préoccuper d'aucune application de fait, car il n'a cité aucun arrêt. Après avoir combattu les diverses objections tirées ou du silence de l'art. 1030 du Code, ou des termes de l'art. 7 de la loi du 20 avril 1810, il conclut pour la nullité, toutes les fois qu'il y a omission d'une des formalités exigées par le Code : « Chose étrange, ajoute-t-il, l'art. 7 de la loi de 1810, avec sa peine de nullité, n'est, au vrai, qu'une sorte de rappel à des formes secondaires, et l'on voudrait que les dispositions de l'art. 141 du Code, qui donnent au jugement sa substance la plus pure, fussent moins irritantes! » Nous partageons l'opinion de M. Boncenne, avec les tempéraments que nous allons indiquer dans l'appréciation de la jurisprudence, c'est dire que nous n'exceptons pas de la peine de nullité les omissions qui tomberaient sur tout autre partie du jugement que les motifs ou le dispositif.

Nous ne sommes nullement touché de cette considération que dans ce cas la nullité provient du faît de la partie et se résume en une inexactitude contraire à la réalité que démontrent les pièces même de la procédure.

C'est précisément parce que la loi a confié aux plaideurs la rédaction d'une partie du jugement, que l'on doit être plus sévère dans l'application de la peine de nullité. De quel droit se plaint donc celui qui lui-même a omis la formalité exigée, qui a négligé d'énoncer ce qu'il savait être exact? Il a manqué à la confiance du législateur, il a méconnu le mandat qui lui avait été délégué; il était chargé de parfaire le jugement, il ne l'a pas fait : c'est donc sa faute, s'il n'y a pas de jugement valable. Plusieurs auteurs, notamment MM. Merlin et Toullier, n'admettent pas la nullité comme sanction de l'art. 141 du Code de procédure; d'autres distinguent entre les diverses formalités qu'il prescrit, et appliquent à l'omission des unes comme plus essentielles, la nullité que ne leur semble pas mériter l'omission des autres. Tels sont MM. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 330; FAVARD DE LANGLADE, v° *Jugement*, p. 175; PONCET, t. 1, p. 196; THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 267, et BOITARD, t. 1, p. 441 et suiv.

Au surplus, nous allons présenter un tableau précis de la jurisprudence et de la doctrine, sur les différentes parties constitutives des jugements. Ces parties sont au nombre de quatre, ainsi que l'avait établi la loi du 24 août 1790. Parcourons-les successivement.

1° La première division doit contenir les noms, professions et demeure des parties. Il y aurait nullité si ces indications n'existaient pas; on ne verrait en effet ni au profit de qui, ni contre qui les jugements auraient été rendus; on ne pourrait en faire l'application, ni active, ni passive. C'est aussi ce qu'enseignent MM. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 330; FAVARD DE LANGLADE, t. 3, p. 175. Cependant, comme ces indications n'ont pas d'autre but que de rendre certaine la désignation de la partie, il n'est pas nécessaire d'accumuler tous les moyens que la loi indique pour cela, si un ou deux sont suffisants C'est du moins l'avis de MM. DALLOZ, t. 9, p. 618, n° 4, et BOITARD, t. 1, p. 4

Un arrêt de la Cour de cassation du 21 brumaire an IX (*J. Av.*, t. 15, p. a jugé que l'on ne devait entendre, par les qualités des parties, que celles demandeur ou défendeur, d'appelant ou d'intimé. Cette décision, rendu sous l'empire de la loi du 24 août 1790, ne serait plus suivie aujourd'hui, puisque l'art. 141 exige que l'on mentionne les noms, professions et demeures des parties.

Cependant, la Cour de cassation, les 26 août 1823 (*J. Av.*, t 25, p. 325), et 28 mai 1834 (*J. Av.*, t. 49, p. 495), a jugé que l'omission de la demeure n'entrainait pas nullité, attendu qu'elle n'est pas prononcée par l'art. 141. La Cour

de Rennes l'a jugé de même, pour l'omission des noms, le 6 janvier 1818 (*J. Av.*, t. 13, p. 254).

Au contraire, la Cour de Turin, le 25 floréal an XII (*J. Av.*, t. 15, p. 62), a prononcé la nullité pour l'omission du prénom seulement de l'une des parties.

Adoptant un terme moyen, le 23 août 1831 (*affaire* Decker contre Lacour), la Cour de Cassation a décidé que, lorsque le nom de l'une des parties est omis, la nullité ne peut être réclamée par celles qui sont nommées, ni par celle qui est omise, celle-ci étant censée n'avoir pas été jugée, et conservant par conséquent tous ses droits.

Au reste l'omission des qualités dans la signification n'a aucune influence sur le jugement lui-même, s'il contient toutes les mentions exigées par la loi Turin, 30 janvier 1811 (*J. Av.*, t. 21, p. 260).

La première partie doit également contenir le nom des avoués. C'est par un motif d'ordre public que la loi a voulu que les parties fussent assistées d'avoués; le jugement doit donc contenir la preuve que ce vœu de la loi a été rempli; c'est ce qu'enseignent MM. FAVARD DE LANGLADE, t. 3, p. 175, et BOITARD, t. 1, p. 444. Mais la Cour de cassation, se montrant encore difficile, dit que, pour justifier de l'omission, l'expédition ne suffit pas, qu'il faut rapporter la feuille d'audience; Cassation, 4 janvier 1825 (*J. Av.*, t. 30, p. 44).

2° La seconde partie contient les conclusions. Suivant M. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 330, leur omission, et suivant MM. FAVARD DE LANGLADE, t. 3, p. 175, et DALLOZ, t. 9, p. 618, n° 5, leur inexactitude n'emporterait pas la nullité du jugement. M. BOITARD se prononce, au contraire, formellement pour la nullité, t. 1, p. 445.

Un arrêt de la Cour de Toulouse du 24 janvier 1825 (*J. Av.*, t. 30, p. 13), a jugé que la rédaction du jugement doit, à peine de nullité, contenir les conclusions des parties, et qu'une indication sommaire des demandes respectives ne suffit pas. Le même arrêt décide que cette nullité ne se couvre pas par une défense sur le fond. Sa première décision a été aussi adoptée par la Cour supérieure de Bruxelles, le 2 décembre 1829 (*Journ.* de cette Cour, t. 1 de 1830 p. 121), et 3 mai 1831 (*J. Av.*, t. 41, p. 717), et par la Chambre civile de la Cour de cassation, le 28 novembre 1836 (*J. Av.*, t. 51, p. 717). La Cour de Colmar, adoptant le même principe, le 12 janvier 1828 (Dall., 29-2-30), a décidé que les conclusions étaient nécessaires, alors même que, sur l'énoncé des noms des parties, les juges s'étaient reconnus incompétents.

Mais la section des requêtes, le 8 août 1808 (*J. Av.*, t. 9, p. 180); la Cour de Lyon, le 22 juillet 1829 (*J. Av.*, t. 37, p. 227), et la Cour de Bruxelles, le 18 octobre 1831 (*J. Av.*, t. 45, p. 748), ont décidé le contraire; et d'autres arrêts, savoir : ceux de la Cour de cassation, des 18 août 1829 (*J. Av.*, t. 37, p. 288), de la Cour de Bruxelles, 14 juillet 1832 (*Journ.* de cette Cour, t. 1 de 1832, p. 427) et 3 février 1835 (même *Journ.* 1835, t. 1, p. 145), ont accueilli un équipollent en décidant qu'il suffisait que les conclusions fussent connues, par relation, soit à un jugement précédent, soit à l'exploit introductif d'instance.

Ce sont des tempéraments qu'on peut approuver; mais la Chambre des requêtes nous paraît être allée trop loin, lorsque, dans son arrêt du 23 déc. 1835 (*J. Av.*, t. 50, p. 306), elle a déclaré suffisantes, pour remplir le vœu de l'art. 141, des énonciations ainsi conçues : « *Les parties ayant été entendues* « *dans leurs conclusions.* » Si les conclusions doivent servir à fixer les points du litige, il est essentiel, non-seulement qu'elles aient été prises, mais encore qu'il conste de leur teneur.

La Cour de Rennes a jugé trois fois, les 8 sept. 1815 (*J. Av.*, t. 15, p. 118) 2 juillet 1816 (*J. Av.*, t. 15, p. 124), 30 janvier 1834 (*J. Av.*, t. 47, p. 631), que

les conclusions devaient aussi se trouver dans les jugements des tribunaux de commerce, ce qui est incontestable, l'art. 141 devant s'appliquer à tous les tribunaux (*V.* la *Quest.* 596).

3° La troisième partie du jugement doit contenir l'exposé des faits, et les questions de droit qui résultent du procès. Suivant MM. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 330; FAVARD DE LANGLADE, t. 3, p. 175, et BOITARD, t. 1. p. 445, cette partie n'est pas exigée à peine de nullité : à la rigueur, dit le premier, un jugement peut exister sans cela; ces énonciations, dit le second, étant l'œuvre des parties et non celle du juge, elles ne peuvent s'imputer qu'à elles-mêmes les erreurs et les inexactitudes qui s'y trouvent; les points de fait et de droit peuvent, suivant le troisième, sans occuper une place séparée dans la rédaction résulter suffisamment soit des conclusions, soit des motifs du jugement.

La nullité pour cette omission a été prononcée par les arrêts suivants. Cass., 22 brumaire an VII (*J. Av.*, t. 15, p. 29), 14 nivôse an VIII (*J. Av.*, t. 15, p. 36, 1re esp.), 13 ventôse an X (*J. Av.*, t. 15, p. 54); Besançon, 24 germ. an IX (*J. Av.*, t. 15, p. 53); Rennes, 2 août 1814 (*J. Av.*, t. 15, p. 118), 29 août 1816 (*J. Av.*, t. 15, p. 126); Cass., 8 novembre 1825 (*J. P.*, 1827, t. 2, p. 231); 1er mars 1831 (*J. Av.*, t. 41, p. 413), 19 juin 1831, 19 mars 1833 (Enregistrement C. Charpentier), et 28 mars 1836 (*J. Av.*, t. 52, p. 382). Ces derniers arrêts appliquent la décision, même aux affaires où il s'agit d'intérêts domaniaux.

Mais le contraire a été jugé, en matière d'enregistrement, par la Cour de cassation, le 31 juillet 1833 (*J. Av.*, t. 50, p. 381), et, d'une manière absolue, par les Cours de Bordeaux, 24 mars 1833 (*J. Av.*, t. 50, p. 381), et de Poitiers, 25 mai 1825 (*J. Av.*, t. 28, p. 345), et 21 juillet 1837 (*J. Av.*, t. 54, p. 109), et même par la Cour de cassation, le 1er décembre 1832 (*J. Av.*, t. 44, p. 35); décision néanmoins rendue moins en droit que d'après les circonstances du fait.

Au reste, plusieurs arrêts ont adopté la manière de voir de M. Boitard; en décidant que, soit les points de fait, soit les questions de droit, pouvaient résulter des autres parties du jugement, par exemple, des conclusions et des motifs; ou bien, s'il s'agit d'un arrêt, être suppléés par ceux qui sont contenus dans le jugement confirmé, ou dans un arrêt précédemment rendu. Ce sont les arrêts des Cours de Bourges, 6 mess. an XI (*J. Av.*, t. 15, p. 54); Cassation, 8 messidor an XIII (*J. Av.*, t. 15, p. 65); Rennes, 27 déc. 1809 (*J. Av.*, t. 18, p. 670), 23 déc. 1814 (*J. Av.*, t. 15, p. 113), 20 décemb. 1815 (*J. Av.*, t. 15, p. 120); Cass., 19 janvier 1826 (*J. Av.*, t. 30, p. 392), 17 juin 1826 (*J. P.*, t. 2 de 1827, p. 738), 30 avril 1828 (*J. Av.*, t. 35, p. 233), 17 mars 1829 (*J. Av.*, t. 38, p. 245), 23 avril 1829 (Dall., 29-1-224), 17 avril 1833 (*J. Av.*, t. 46, p. 184), 11 déc. 1833 (*J. Av.*, t. 46, p. 361), 9 mai 1834 (*J. Av.*, t. 47, p. 631), et enfin Poitiers, 21 juill. 1837 (*J. Av.*, t. 54, p. 109).

Le motif allégué par M. FAVARD DE LANGLADE a trouvé son application dans les arrêts de la Cour de Cassation, 5 novembre 1835 (*J. Av.*, t. 49, p. 710); et de la Cour de Poitiers, 21 juillet 1837 (*J. Av.*, t. 54, p. 109), qui jugent que la partie qui a signifié les qualités, ou qui n'y a pas formé opposition, n'est pas recevable à se plaindre de l'absence des points de fait et de droit. Nous approuvons l'arrêt de la Cour de Bruxelles du 5 mars 1832 (*J. Av.*, t. 45, p. 445), aux termes duquel il n'est pas nécessaire, pour remplir le vœu de la loi, qu'un jugement rendu sur un incident contienne les faits relatifs au fond du procès.

Au reste, la position des questions de droit résultant de la contestation est abandonnée aux lumières des juges, Cass., 20 avril 1825 (*J. Av.*, t. 30, p. 371), qui peuvent se contenter d'indiquer les principales, celles dont la décision entraîne nécessairement le jugement des autres. Besançon, 6 nivôse an XI (*J. Av.*, t. 15, p. 57), ou les poser ainsi d'une manière générale : *Y a-t-il lieu de confirmer le jugement dont est appel?* Cass., 5 brumaire an XI (*J. Av.*, t. 15, p. 56), et 30 juillet 1816 (*J. Av.*, t. 15, p. 125).

Enfin, nous ferons observer que, d'après les arrêts de la Cour de cassation des 8 mai 1829 (*J. P.*, t. 2 de 1829, p. 3), et 14 août 1829 (*S.*, 29-1-385), l'énonciation des points de fait et de droit, n'est pas exigée dans les jugements de police correctionnelle ou de simple police.

4° La quatrième et dernière partie du jugement doit contenir les motifs, et le dispositif; cette partie est essentiellement l'œuvre du juge. Le défaut ou l'insuffisance des motifs ont donné lieu à de nombreuses décisions (*Voir* la *Quest.* 595). Quant au dispositif, il est clair que, sans lui, il n'y a point de jugement, et qu'en conséquence, il est exigé, à peine de nullité, qu'il y soit contenu. C'est ce qu'enseignent MM. FAVARD DE LANGLADE, t. 3, p. 175; PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 330, et BOITARD, t. 1, p. 446.

Aussi, un tribunal doit-il, à peine de nullité, statuer sur toutes les questions que présente le procès, et dont la solution est liée ou connexe; par exemple, s'il statue au fond sans rejeter, par un chef exprès, une fin de non-recevoir soulevée dans les débats, son jugement est nul. Cass., 4 prairial an IX (*J. Av.*, t. 15, p. 53), et 26 nov. 1829 (Dall., 1830-1-18), et Besançon, 25 août 1826 (*J. Av.*, t. 34, p. 151), sans que des motifs qui auraient rapport au chef de conclusions omis pussent écarter la nullité. Il ne suffirait pas du rejet implicite que ces motifs feraient présumer, quoiqu'un arrêt de la Cour de cassation, du 6 février 1830 (Dall., 1830-1-117), et un second, du 4 mai 1836 (*J. Av.*, t. 51, p. 482), aient paru le juger autrement.

On sent toutefois que l'adjudication de la demande principale rend inutile et sans objet de prononcer sur la demande subsidiaire; Cass., 9 juillet 1828 (Dall. 1828-1-302). Pareillement, lorsque de plusieurs chefs de conclusions ou de plusieurs moyens de nullité proposés, quelques-uns ont été abandonnés, il est clair que les juges n'ont à prononcer que sur les autres. Cass., 5 juin 1828 (Dall., 1828-1-304), et 2 février 1830 (*J. Av.*, t. 39, p. 229).

A plus forte raison, n'ont-ils pas le droit de débouter une partie d'une demande qu'elle n'a formée qu'en conciliation, et qui n'a pas été renouvelée devant eux; Amiens, 11 août 1826 (*Journ.* de cette Cour, t. 4, p. 246).

Mais ils doivent statuer définitivement sur le litige intenté devant eux; ils ne peuvent, en rejetant la demande d'une partie, lui réserver ses droits pour former la même demande avec de nouveaux titres; Besançon, 26 juin 1828 (Duremberg—C. Girod). (*Voir* notre *Quest.* 1765.)

5° Indépendamment des quatre parties dont on vient de parler, la rédaction des jugements doit contenir les noms des juges et du procureur du roi.

Mais, comme cette mention doit aussi se trouver sur la feuille d'audience, celle-ci rectifierait, au besoin, les erreurs, omissions ou inexactitudes, qui pourraient s'être glissées dans l'expédition.

(*V.* sur la possibilité de cette rectification, la *Quest.* 593, et, sur la nécessité même de la mention, la *Q.* 593 *ter.*]] **Supp. alph.**, v° *Jugement*, n. 122 et s.

595. *Comment s'applique la disposition de l'art.* 141, *en ce qui concerne l'énonciation des motifs d'un jugement ou d'un arrêt?*

Une première remarque à faire sur cette question, c'est que la nécessité de motiver le jugement est une règle universelle pour tous les tribunaux, même pour les conseils de préfecture, ainsi que l'a décidé une ordonnance du roi du 12 décembre 1818 (1).

[[*V.* la *Quest.* 596.]]

(1) Les arrêtés des conseils de préfecture ayant les mêmes caractères et les mêmes effets que les jugements, il est d'ordre public que ces arrêtés soit motivés, et que l'absence de ces motifs soit un moyen de nullité. (*S.*, t. 20, 2e part., p. 235.) *V.* mon *Code d'instruction administrative*, 2e éd., t. 1, p. 165, n° 275.

Si donc l'on n'admettait pas que l'art. 141 du Code de procédure est obligatoire, sous peine de nullité, dans toutes ses parties, on ne peut du moins contester qu'il ne le soit en ce qui concerne l'énonciation des motifs. Mais en quels cas cette énonciation sera-t-elle suffisante? En quels cas ne remplirait-elle pas le vœu de la loi?

Nous ne pouvons, pour résoudre les incertitudes qui peuvent s'élever à cet égard, qu'analyser, rapprocher et expliquer les décisions, souvent contradictoires, que nous fournit la jurisprudence.

Considérons d'abord, comme un principe certain, que tout jugement dont les motifs seraient erronés ou vicieux, n'est pas néanmoins susceptible d'annulation, si, par d'autres motifs, le dispositif est régulier et conforme à la loi. (Rennes, 6 décembre 1808; *J. Av.*, t. 15, p. 81.) (1)

[[*V.* nos observations *infrà*, § 4.]]

Secondement, les motifs n'ont pas besoin d'être appuyés sur le texte précis d'une loi, à moins qu'il ne s'agisse d'un arrêt de la Cour de cassation; [[car les dispositions des art. 14 et 15 de la loi du 24 août 1790, qui l'exigeaient, ne sont pas reproduites dans le Code, comme l'enseigne, avec raison, M. DALLOZ, t. 9, p. 635, n° 1. Ceci n'a lieu qu'en matière criminelle. (*V.* notre *Dictionnaire général de procéd.*, v° *Jugement*, n°s 428 à 432.)]] (Loi du 22 frimaire an VIII, dite *Constitution* de l'an VIII; Cass., 5 fructidor an VIII; *Répertoire*, aux mots *Jugement*, § 2, et *Testament*, sect. 3.)

Troisièmement, il faut des motifs pour toutes les décisions, même pour rejeter une exception; et leur omission fournit alors un moyen d'appel ou de cassation, et non de requête civile (2).

[[*V.* nos observations *infrà*, § 5.]]

---

(1) Mais si, en thèse générale, le jugement réside ainsi dans le dispositif, il est des cas où il ne doit pas être séparé des motifs qui lui servent de base; par exemple, si les premiers juges n'ont débouté d'une demande de convertissement d'un constitut en obligation pure et simple, fondée sur des aliénations de bois, que par la considération que, cette preuve n'étant pas faite, la demande se trouvait mal fondée, il n'en est pas moins vrai qu'encore bien qu'ils n'aient pas inséré dans le dispositif les mots *dans l'état*, c'est, d'après les motifs, le défaut de preuves qui a fait rejeter la demande. Il s'ensuivrait, si l'on pouvait, contre l'opinion que nous professons sur l'art. 480, touchant la doctrine des comminatoires, maintenir qu'un jugement rendu *dans l'état* ne peut acquérir l'autorité de la chose jugée, que cette exception ne pourrait être opposée. Rennes, 26 février 1816. (*V.* BERRIAT SAINT-PRIX, p. 252, note 35, et *J. P.*, 3e éd., t. 13, p. 301.)

(2) Par exemple, si l'appelant propose une exception qu'il n'a point présentée en première instance, l'arrêt est nul, si la Cour, adoptant purement et simplement les motifs des premiers juges, confirme leur décision sans motiver le rejet de l'exception. (Cass., 22 mai 1812, 9 juin, 23 novembre 1818, et 12 juillet 1819; *S.*, t. 16, 1re part., p. 312, t. 18, 1re part., p. 364, et t. 19, 1re part., p. 169 et 397, et *J. Av.*, t. 15, p. 100, 131, 138.) Mais, par autre arrêt du 12 juin 1820 (*S.*, t. 21, 1re part., p. 139, et *J. Av.*, t. 15, p. 163), la même Cour a décidé que, lorsqu'un moyen nouveau, décisif de sa nature, est présenté en appel, l'arrêt n'est pas nul, quoique les juges d'appel n'aient pas statué sur son mérite, ou que leur décision ne contienne pas des motifs formels pour l'écarter, si les motifs des premiers juges, adoptés par la Cour, offrent suffisamment une raison de décider à l'égard du moyen nouveau. On voit que ce dernier arrêt modifie la décision rendue par ceux qui précèdent. Mais il y a plus: la même Cour a encore décidé, par arrêt du 25 juin 1817 (*S.*, t. 18, 1re part., p. 365, et *J. Av.*, t. 15, p. 128), que, dans le cas où, sur l'appel, *un moyen* qui n'avait pas été employé en première instance est présenté par l'appelant, et que l'arrêt, adoptant les motifs des premiers juges, confirme purement et simplement leur jugement, cet arrêt ne peut être attaqué que par requête civile, comme ayant omis de prononcer sur un chef de demande, et non pas par voie de cassation, comme n'ayant pas été suffisamment motivé. Sur cette dernière décision, M. Sirey fait cette question: *Est-ce qu'il n y*

Quatrièmement, un arrêt est suffisamment motivé dans le sens de l'art. 141 et de la loi du 20 avril 1810, lorsqu'il déclare adopter les motifs des premiers juges; pourvu que le jugement soit lui-même motivé. (Cass., 18 octobre 1814; *S.*, t. 15, 1re part., p. 78, et *J. Av.*, t. 15, p. 112. *V.*, ci-dessous, la note sur la proposition précédente.) (1)

[[*V.* nos observations *infrà*, § 6.]]

Cinquièmement, lorsqu'un jugement ou arrêt annule un acte ou une procédure, attendu que l'un ou l'autre n'aurait pas été en forme légale, la décision serait nulle par défaut de motifs, en ce qu'elle n'énoncerait pas en quoi la forme légale n'aurait pas été observée (2).

[[*V.* nos observations *infrà*, § 4.]]

Sixièmement, les motifs des simples jugements préparatoires résultent, pour l'ordinaire, du dispositif, si évidemment, qu'il devient inutile de les exprimer. (LEPAGE, *Quest.*, p. 144; Cass., 6 fructidor an XI; *Prat.*, t. 1, p. 412). (3)

[[*V.* nos observations *infrà*, § 3.]]

---

a pas une différence essentielle entre l'omission de prononcer sur un moyen, et l'omission de prononcer sur un chef de demande? Sans doute, il existe une différence essentielle, comme on le verra dans les questions traitées sur l'art. 464, et bien certainement le juge n'est pas obligé d'énoncer en détail des motifs sur chaque moyen. (Rennes, 16 juillet 1812.) Mais, en faisant bien attention à l'espèce de l'arrêt, on remarque qu'il résultait du moyen nouvellement présenté un *chef de demande nouvelle*. Or, si l'omission d'un chef de demande ne donne ouverture qu'à requête civile, l'omission des motifs, sur ce chef, ne peut être un cause d'annulation, comme l'a décidé la Cour de cassation. [*V.* nos observations au texte, § 5.]

Au reste, il est sans difficulté que l'absence des motifs, sur quelques chefs *d'un jugement*, n'entraîne pas la nullité, lorsque ces chefs ne sont que des corrollaires des autres chefs motivés. (Cass., 19 novembre 1818, *S.*, t. 19, 1re part., p. 264, et *J. Av.*, t. 15, p. 137.)

De même, l'arrêt qui statue sur l'appel joint de deux jugements, dont l'un n'a pour objet que l'exécution de l'autre, est suffisamment motivé, alors même que les motifs qu'il énonce ne se rapportent explicitement qu'à celui des deux jugements qui a prononcé sur le fond du droit : on ne peut dire qu'il y ait absence de motifs, quant à l'autre jugement. (Cass., 10 mai 1820, *S.*, t. 20, 1re part., p. 438.)

Mais un arrêt serait nul, aux termes de la loi du 20 avril, si les motifs qu'il énoncerait ne se rapportaient pas aux questions du procès posées dans cet arrêt lui-même (Cass., 17 avril 1821, *S.*, t. 22, 1re part., p. 78): et il en serait de même, à la rigueur, d'un jugement qui n'aurait pas de motifs sur une disposition qui constituerait une décision indépendante des autres. (Rennes, 6 juillet 1818, *Journ.*, t. 5, p. 123, et *J. Av.*, t. 15, p. 135.)

De même encore, un arrêt serait nul, lorsque, sur une exception de prescription opposée par le défendeur, le demandeur oppose à son tour que la prescription n'a pas été accomplie, et déduit dans des conclusions expresses les causes qui l'ont suspendue. L'arrêt n'est pas suffisamment motivé, si, en admettant la prescription, il n'explique pas les motifs qui ont fait décider qu'elle n'avait pas été suspendue. (Cass., 22 janvier 1821, *S.*, t. 21, 1re part., p. 347, et *J. Av.*, 23, p. 18.)

(1) Mais la transcription du jugement de première instance, avec ses motifs, dans la partie de la décision d'appel où les points de fait sont fixés, ne saurait tenir lieu de l'expression des motifs de l'arrêt lui-même, quand cet arrêt n'exprime pas d'ailleurs que ces motifs ont été adoptés. (Cass., 27 déc. 1819, *S.*, t. 20, 1re part., p. 155, et *J. Av.*, t. 15, p. 153.)

(2) C'est ainsi que, par arrêt du 28 juin 1819 (*S.*, t. 20, 1re part., p. 72, et *J. Av.*, t. 15, p. 151), la Cour suprême a cassé un arrêt qui avait rejeté une demande en revendication d'objets saisis, sur ce qu'elle n'avait été formée ni *dans la forme légale*, ni contre toutes les parties intéressées, sans dire en quoi consistait le vice de forme, et contre quelles personnes on devait diriger la demande.

(3) Avant le Code de procédure, c'est-à-dire à une époque où l'on confondait sous le nom d'*interlocutoire* les jugements qu'il distingue sous cette même qualification, et sous celle de *préparatoire*, la Cour de cassation avait décidé que les jugements interlocutoires n'étaient pas nuls, lorsqu'ils ne

Septièmement, on ne peut annuler, pour défaut de motifs, un interlocutoire qui ordonne une instruction *avant de faire droit*, *en réservant les droits et moyens des parties au fond*. Ces expressions font assez connaître que les motifs du jugement sont que le juge cherche des lumières pour plus ample instruction. (Cass., 4 janvier 1820; *S.*, t. 20, 1re part., p. 160, et *J. Av.*, t. 15, p. 153.) (1)

[[*V.* nos observations *infrà*, § 3.]]

Huitièmement, les jugements par défaut sont sujets, comme tous autres l'application de l'art. 141, et, par conséquent, ils doivent être motivés. (Colmar, 6 floréal an XI; *S.*, t. 3, 2e part., p. 597, et *J. Av.*, t. 4, p. 723.)

[[*V.* le § 2 de nos observations.]]

[[L'art. 141 est un de ceux qui ont donné lieu au plus grand nombre de décisions judiciaires.

En fait, pour savoir si tel ou tel jugement est ou non motivé, la variété des espèces nécessitera encore beaucoup d'arrêts; mais, *en droit*, la doctrine nous paraît fixée. C'est à cette nécessité de motiver les décisions qu'il faut attribuer la grande utilité de la jurisprudence actuelle; outre qu'elle offre une garantie contre l'injustice et la faveur, elle fait, des jugements et des arrêts, une solution spéciale de chaque question discutée devant les tribunaux; en sorte, qu'après quelques années, les recueils de jurisprudence offriront des

---

renfermaient pas les quatre parties exigées par la loi du 24 août. (V. *Table de Bergognié*, t. 1, p. 306. Nous pensons néanmoins que, quelle que soit l'espèce du jugement, il doit présenter l'observation des formalités prescrites par l'art. 141, sinon d'une manière rigoureusement positive, *du moins équivalemment*, comme nous l'avons dit sur la précédente question. Sous ce dernier rapport, nous pensons que les simples préparatoires, qui prononcent une remise, un délibéré, une instruction par écrit, une communication de pièces, contiennent implicitement leurs motifs en eux-mêmes. Néanmoins, nous ferons observer que, toutes les fois qu'un jugement préparatoire a été précédé d'un débat qui le fasse présumer susceptible d'être levé, afin d'être attaqué par appel avec le jugement définitif, on doit se conformer à l'article 141, ou tout au moins rédiger le dispositif de manière à ce qu'il renferme *virtuellement* (*)

(*) *Virtuellement*, de *virtus*, force, puissance. Ce mot est opposé à *formellement* et *textuellement*, pour exprimer, en droit, la valeur qu'un acte doit avoir par sa propre force, indépendamment de ce que les expressions qu'il renferme n'établiraient pas *formellement* et *textuellement* la formalité, la clause ou condition exigée par la loi, pour qu'il ait force et puissance.

C'est ainsi qu'un jugement qui ne contiendrait pas *formellement* ses motifs, n'en sera pas moins valable, si son dispositif les fait *nécessairement* supposer; et cependant on dit alors que le jugement les renferme *virtuellement*, c'est-à-dire par la force, la puissance de ce qu'il déclare ou décide.

les motifs sur lesquels il serait rendu.

(1) On peut dire, en effet, comme la Cour suprême que les tribunaux n'ordonnent une enquête, une expertise, ou tout autre mesure interlocutoire, que parce qu'ils ne sont pas en état de juger le fond avec connaissance de cause, et qu'ils expriment assez ce motif en déclarant qu'ils prescrivent cette mesure avant dire droit. Mais il faut remarquer que, dans l'espèce de l'arrêt cité *suprà*, la mesure avait été ordonnée, sans contestation préalable sur le point de savoir si elle devait l'être; en d'autres termes, elle l'avait été *d'office*. Si, au contraire, les parties eussent débattu sur son admissibilité ou sur son utilité, nous penserions que la nullité du jugement eût été prononcée, comme dans les cas où il s'agirait d'une nullité, d'une exception ou d'une fin de non-recevoir. Le juge doit alors rendre compte des motifs qui le déterminent à rejeter les moyens d'opposition à la mesure. (*V.* ci-dessus et ci-après.)

Remarquons néanmoins qu'un arrêt, qui déclarerait un appel non recevable comme *tardif*, serait suffisamment motivé par la déclaration qu'il a été interjeté après le délai de la loi, encore bien que l'on n'indiquât aucunement ni l'espace de temps qui se serait écoulé, ni la durée légale du délai. C'est à la partie à prouver que son appel a été interjeté dans le délai légal. (Cass., 26 février 1818, *S.*, t. 19, 1re part., p. 142, et *J. Av.*, t. 14, p. 130.)

traités savants et complets sur toutes les parties du droit; les difficultés les plus graves se trouveront éclaircies, et l'interprétation des lois marchera dans une route sûre, parce que des guides nombreux et fidèles l'auront fermement tracée. On trouve plus d'une fois, dans les recueils, la preuve de cette assertion : on y voit des controverses élevées sur nos lois naissantes, éteintes sans retour par quelques arrêts fortement motivés.

Tous les auteurs s'accordent à reconnaître la nécessité des motifs et l'avantage de cette disposition. *Voy.* MM. BERRIAT-SAINT-PRIX, p. 251, not. 34; MERLIN, *Répert.*, t. 17, p. 172; FAVARD DE LANGLADE, t. 3, p. 175; PIGEAU, t. 1, p. 549. Aussi, la plupart d'entre eux se bornent à donner une nomenclature de décisions en cette matière, et même M. BONCENNE, t. 2, p. 446, renvoie au tableau de jurisprudence donné dans le *Journal des Avoués.*

Nous nous contentons également de renvoyer à ce *Journal* et à notre DICTIONNAIRE GÉNÉRAL DE PROCÉDURE, dans les observations qu'on va lire.

1° Les arrêts en principe doivent être motivés (art. 141 du Code de procédure civile), et à peine de nullité (art. 7 de la loi du 20 avril 1810).

Aux opinions des auteurs, joignez l'indication des décisions rapportées en notre *Dictionnaire général de procédure*, vis *Exceptions*, n° 133; *Faux incident*, n° 130; *Jugement*, nos 184 à 190, 192 à 195, 200 à 215, 224, 273 et 341, et l'arrêt de la Cour de Poitiers du 3 mai 1837 (*J. Av.*, t. 54, p. 121); mais la loi n'exige pas les motifs des motifs, comme l'a jugé la Cour de cassation, le 16 mai 1838 (*J. Av.*, t. 55, p. 562);

Et les décisions d'espèces rendues sur la suffisance ou l'insuffisance des motifs. Voy. *Dictionnaire général de procédure*, v° *Jugement*, nos 260 à 262, 266 à 269, 271, 272, 274 à 282, 284 à 306, 316, 330, 337, et les arrêts plus récents de la Cour de cassation, des 5 novembre 1834 (*J. Av.*, t. 48, p. 374); 20 juillet 1835 (*J. Av.*, t. 49, p. 690); 13 juillet 1835 (*J. Av.*, t. 49, p. 664); 1er juillet 1835 (*J. Av.*, t. 49, p. 717); 5 août 1835 (*J. Av.*, t. 50, p. 307); 10 avril 1833 (*J. Av.*, t. 50, p. 382); 25 mars 1835 (*J. Av.*, t. 50, p. 51); 16 février 1836 (*J. Av.*, t. 50, p. 382); 24 juillet 1835 (*J. Av.*, t. 50, p. 382); 2 février 1836 (*J. Av.*, t. 50, p. 303); 28 mars 1837 (*J. Av.*, t. 53, p. 592); 12 juin 1838 (*J. Av.*, t. 56, p. 59), et de la Cour de Bruxelles, 4 juin, 14 mai et 8 décembre 1835 (*Journ.* de cette Cour, 1835, p. 65, 249 et 291).

2° Les jugements par défaut eux-mêmes doivent être motivés, comme l'enseigne M. THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 269, et que l'a jugé la Cour de Colmar, le 6 floréal an XI (*J. Av.*, t. 4, p. 723); mais, lorsqu'il s'agit d'un défaut faute de comparution du demandeur, la mention de son absence est un motif suffisant (si le tribunal n'a à prononcer qu'un relaxe pur et simple, *V.* notre *Question* 617), puisque l'art. 150 n'est pas applicable à ce cas; Bastia, 16 novembre 1822 (*J. Av.*, t. 24, p. 319); Cass., 29 novembre 1825 (*J. Av.*, t. 31, p. 149), et 22 février 1837 (*J. Av.*, t. 53, p. 569). Ce dernier arrêt, quoique professant le même principe, est rendu dans une espèce où il n'était pas applicable, puisque, les conclusions ayant été posées, il n'y avait plus de défaut.

3° Il faut admettre quelques exceptions pour certains jugements; par exemple, pour les jugements préparatoires, ou pour celui qui rejette une expertise, le dispositif même contenant, d'une manière implicite, les motifs qui l'ont déterminé, à moins qu'il n'y ait eu débat, comme le fait observer M. Carré dans l'une de ses notes. L'exception serait encore légitime pour l'arrêt qui autorise l'abstention d'un certain nombre de juges, pour le jugement qui prononce une adjudication définitive, pour l'ordonnance du président qui ordonne le dépôt d'un testament olographe chez un notaire. *V.* les arrêts du *Dictionnaire général* v° *Jugement*, nos 196 à 198, 246 et v° *Jug. prép.*, nos 129 à 132, et ceux de la Cour de Bruxelles, du 25 juill. 1835 (*Journ.* de cette Cour, t. 2 de 1835, p. 380), et la Cour

de Montpellier du 8 avril 1839 (*J. Av*, t. 57, p. 479). C'est d'ailleurs la doctrine enseignée par MM. DALLOZ, t. 9, p. 625, et THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 268.

4° Quoiqu'il soit exact d'admettre que les motifs erronés ne vicient point un jugement, si le dispositif est conforme à la loi, ce principe serait dérisoire et destructif de la nécessité elle-même des motifs, si l'on devait valider un décision contenant des motifs évidemment insuffisants

Dans son tome 2, p. 446, M. BONCENNE a adopté complétement la doctrin que nous avons établie dans notre *Journal des Avoués*, t. 15, p. 149. Comm cette partie de notre exposition de principes est la seule qui puisse offrir que que difficulté, nous croyons devoir transcrire les paroles mêmes du savant auteur de la théorie.

« Un jugement qui contient des motifs erronés n'est pas nul, car il ne manque point de motifs; toutefois, il ne s'ensuit pas qu'il soit permis de jeter des motifs au hasard : bons ou mauvais, ils doivent présenter une raison appropriée à la difficulté du procès.

« Supposez que, sur une question ainsi établie : *Le traité est-il régulier?* les juges répondent : Attendu que le *traité est régulier, le tribunal ordonne qu'il sera exécuté;* cette pétition de principe, suivant le langage didactique, n'offrirait qu'une formule insignifiante, qui peut s'adapter à toutes les causes et à toutes les questions.

« Rejeter une exception, *attendu qu'elle n'est pas fondée*, ne vaudrait pas davantage. Il n'y aurait pas là de motifs : l'expression *rejeter* implique, par elle-même, l'idée que la prétention qu'on rejette est dénuée de fondement; dire qu'elle est rejetée parce qu'elle n'est pas fondée, ce n'est rien dire, sinon qu'on la rejette parce qu'on la rejette. C'est comme si, mettant à l'écart toute espèce de motifs, le tribunal se contentait, dans le dispositif de son jugement de déclarer l'exception non recevable ou mal fondée.

« Confirmer un jugement en appel, c'est reconnaître qu'il a bien jugé. Un arrêt ne serait donc pas motivé, s'il se bornait à considérer *qu'il a été bien jugé;* car il se réduirait à ces termes : *La Cour confirme, parce qu'elle trouve qu'il y a lieu de confirmer?* »

Parmi les arrêts rapportés dans notre *Dictionnaire général*, v° *Jugement*, n°s 251 à 256, 283, 314, et 217 à 223, il en est bien quelques-uns qui semblent adopter une doctrine plus tolérante que la nôtre, en validant, par exemple, le jugement qui rejette une exception par l'unique motif qu'elle est sans fondement; mais la plupart reconnaissent les principes que nous venons de poser avec M. Boncenne, et qui sont aussi enseignés par MM. FAVARD DE LANGLADE, v° *Jugement;* DALLOZ, t. 9, p. 620, 628 et 633; THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 269, et BOITARD, t. 1, p. 427.

5° Ainsi que le dit encore M. BONCENNE, t. 2, p. 444, « les motifs doivent se « rapporter à chacun des points de fait et de droit qui constituent le litige. « Ce n'est pas l'omission des motifs quelconques que la loi frappe de nullité, « c'est l'omission *des motifs des jugements*, c'est-à-dire de ce qui détermine « chacune des dispositions dont ils se composent; car un jugement se divise « en autant de jugements qu'il contient de dispositions : *tot capita, tot sen-* « *tentiæ.* »

Il faut donc des motifs pour chaque chef distinct de jugement statuant sur un chef de demande; tel est l'avis de MM. DALLOZ, t. 9, p. 532, 618, 623, 625, et THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 269.

La jurisprudence a confirmé cette opinion par les arrêts rapportés dans notre *Dictionnaire général de procédure*, v° *Jugement*, n°s 225 à 231, 242, 243, 318, et par ceux de la Cour de Poitiers des 3 mai 1837 (*J. Av.*, t. 54); 10 août 1835 (*J. Av.*, t. 49, p. 607), et 29 décembre 1835 (*J. Av.*, t. 50, p. 347).

Il est bien évident que les demandes non motivées peuvent être rejetées sans

motif, ainsi que l'ont pensé les arrêts cités dans notre *Dict. gén.*, v° *Jugement*, nos 199, 214, 264, 339, 342, 343, 344 (V. *suprà*, *Q.* 594, n° 4, et *infrà*, notre *Q.* 597 *quater*); ou qu'il y a motifs suffisants, lorsque les motifs donnés sur un chef principal s'appliquent ou virtuellement ou par induction, au chef accessoire ou subsidiaire; arrêts cités au *Dictionnaire général*, v° *Jugement*, nos 232 à 241, 244, 248 à 250, 334, et ceux des 19 janvier 1837 (*J. Av.*, t. 53, p. 572); 1er décembre 1835 (*J. Av.*, t. 50, p. 382); 26 avril 1837 (*J. Av.*, t. 53, p. 618); 24 mai 1837 (*J. Av.*, t. 53, p. 427).

Et enfin, que les motifs ne sont pas nécessaires à l'égard des simples moyens de défense, dont les parties n'ont pas fait des chefs de conclusions précis; arrêts cités au *Dictionnaire général de procédure*, v° *Jugement*, nos 245 à 247, et *J. Av.*, t. 44, p. 264 et 354; t. 49, p. 701, et t. 54, p. 312.

Tous ces principes sont enseignés par M. THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 268, et t. 9, p. 625.

Nous devons ajouter sous ce paragraphe qu'il faut se garder de confondre les *défauts de motifs* avec les *défauts de prononcer*, ainsi que le fait fort judicieusement observer M. CARRÉ, *suprà*, p. 717; pour *défaut de motifs*, le pourvoi est toujours reçu devant la Cour de cassation; pour *défaut de prononcer*, au contraire, c'est la voie de la requête civile seule qui peut être suivie.

Ainsi, lorsque, sur un chef distinct de conclusions, le dispositif ne peut, ni *directement*, ni *indirectement*, recevoir d'application, ce chef de conclusions reste entier, non pas qu'on puisse le reproduire par action séparée, puisqu'il a été déduit en jugement, et qu'on pourrait être repoussé par l'exception de chose jugée; mais il fournit ouverture au moyen de requête civile énoncé au § 5 de l'art. 480, *s'il a été omis de prononcer sur l'un des chefs de demande*, comme l'enseignent MM. FAVARD DE LANGLADE, v° *Jugement*, p. 180, et DALLOZ, t. 9, p. 625, et que l'a jugé la Cour de cassation, les 25 juin 1817 (*J. Av.*, t. 15, p. 128), et 5 février 1827 (*J. Av.*, t. 33, p. 104). L'arrêt de la même Cour du 20 juin 1827 (*J. Av.*, t. 34, p. 100), semble, au premier coup d'œil, contenir une décision opposée; mais, en réalité, cela n'est point, parce que, dans cette espèce, la Cour de cassation pensa que le chef de conclusions, sur lequel l'arrêt attaqué n'avait point donné de motifs, n'était pas une demande nouvelle formée sur l'appel, et qu'en confirmant purement et simplement le jugement de premier ressort, la Cour royale avait implicitement prononcé sur tous les chefs, mais avait omis de motiver l'un d'entre eux, d'où suivait, non pas un défaut de prononcer, mais un défaut de motifs, et, par conséquent, ouverture, non à requête civile, mais à cassation. (*V.* encore, sur l'objet de ce paragraphe, la *Quest.* 597 *quat.*)

6° La jurisprudence a validé les arrêts motivés ainsi : *La Cour, adoptant les motifs des premiers juges, confirme.* M. BONCENNE, t. 2, p. 447, qualifie cette doctrine de *tolérante;* nous allons plus loin, nous la trouvons *dangereuse*, parce qu'elle a souvent facilité une expédition trop hâtive des affaires; nos souvenirs nous rappellent une cause dans laquelle nous avons obtenu une cassation, parce que la Cour de Metz, en audience solennelle, avait adopté les *motifs des premiers juges*, tandis que les premiers juges avaient précisément oublié d'en donner. Le plaideur est à l'audience; il a droit d'obtenir de son juge des motifs qui, s'ils ne le satisfont pas, du moins pourront calmer son irritation.

C'est avec grande raison que la Cour suprême a détruit l'abus qui existait, dans beaucoup de Cours royales, de prononcer seulement le dispositif à l'audience, et de renvoyer la rédaction des motifs à la Chambre du conseil. (*V.* la *Quest.* 595 *bis.*) Eh bien! que fait donc la Cour qui se contente de confirmer en *adoptant les motifs des premiers juges?* Evidemment, elle ne donne à l'audience

aucun motif, et c'est seulement dans les qualités que seront insérés les motifs de son arrêt. Trouve-t-on dans les recueils un seul arrêt de rejet de la Chambre civile, ou de la Chambre des requêtes, même sur une pure question de droit, dans lequel la Cour de Cassation ait déclaré adopter les motifs de l'arrêt attaqué, quelque logiques, quelque lucides, quelque savants qu'ils soient? Non, sans doute. A chacun sa tâche; la magistrature a la plus noble de toutes. Rendre la justice n'est pas seulement exercer une partie du pouvoir souverain, mais c'est représenter sur la terre la puissance divine. Et, s'il est incontestable qu'un des mérites de la justice des tribunaux est la promptitude, nous ajouterons que cette promptitude doit être éclairée; une erreur, dans le monde, est une faute; l'erreur du juge, par insouciance, par legèreté, par ignorance ou par précipitation, est un crime. Toutefois, nous devons convenir que la *tolérance*, contre laquelle nous nous élevons sous le point de vue moral, existe, et que ce serait folie au plaideur de fonder un recours en cassation sur un semblable moyen. *Voy.* les arrêts rapportés dans notre *Dictionnaire général de procédure*, v° *Jugement*, n°s 307 à 313, et ceux de la Cour de cassation des 25 juillet 1833; 8 décembre 1836, et 21 août 1837 (*J. Av.*, t. 43, p. 751; t. 52, p. 304, et t. 54, p. 89), et de la Cour de Bruxelles, 17 juin 1835 (*Journ.* de cette Cour, t. 1 de 1835, p. 105). La doctrine de tolérance est enseignée par MM. FAVARD DE LANGLADE, v° *Jugement*, p. 179; DALLOZ, t. 9, p. 626, et THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 269.

Au moins, est-il nécessaire que l'adoption des motifs des premiers juges soit textuellement mentionnée dans l'arrêt, et, si elle ne l'était point, on ne pourrait pas invoquer, pour la suppléer, la transcription de ces motifs dans la partie de l'arrêt où les points de fait sont fixés, comme l'a jugé la Cour de cassation, le 27 décembre 1819 (*J. Av.*, t. 15, p. 153), et que l'enseignent MM. MERLIN, *Répertoire*, t. 17, p. 184; FAVARD DE LANGLADE, v° *Jugement*, p. 179, et DALLOZ, t. 9, p. 629.

Au surplus, l'on comprend, qu'en vertu du principe posé plus haut, que des motifs distincts sont exigés pour chaque chef de conclusions, l'adoption des motifs des premiers juges, dans un arrêt, ne serait pas suffisante, si de nouvelles demandes ou exceptions avaient été formées sur l'appel. Alors, en effet, des motifs particuliers devraient être insérés pour légitimer le rejet de ces conclusions nouvelles; ainsi l'ont jugé les arrêts rapportés dans notre *Dictionnaire général*, v° *Jugement*, n°s 319 à 326, et ceux de la Cour de cassation des 30 décembre 1835 (*J. Av.*, t. 50, p. 308); 14 mars 1838 (*J. Av.*, t. 55, p. 478); 27 et 28 mars 1838 (*J. Av.*, t. 55, p. 425 et 431); et c'est encore l'avis de M. FAVARD DE LANGLADE, v° *Jugement*, p. 176, qui enseigne aussi, et avec raison, que lorsqu'une Cour royale, en confirmant les dispositions principales d'un jugement de première instance, en infirme et modifie quelques dispositions accessoires, elle doit, à peine de nullité, énoncer les motifs de ces décisions nouvelles.

Cependant, il est clair que si les motifs des premiers juges étaient susceptibles de s'appliquer aux nouvelles demandes ou exceptions, par suite du système que nous blâmons, tout en reconnaissant qu'il est généralement adopté, il suffirait, même pour ces moyens nouveaux, de s'en référer aux motifs des premiers juges; c'est ce qui résulte des arrêts rapportés dans notre *Diction. gén. de procédure*, v° *Jugement*, n°s 327, 328, 332 à 336, et de ceux des 12 février 1835 (*J. Av.*, t. 48, p. 371), et 21 janvier 1836 (*J. Av.*, t. 51, p. 424).

Nous pouvons encore moins convenir, avec M. FAVARD DE LANGLADE, v° *Jugement*, p. 179, qu'il suffise, pour motiver un jugement, de s'en référer aux motifs énoncés en détail dans un rapport d'experts ordonné par le tribunal. Au reste, aucun monument de jurisprudence n'a étendu la tolérance jusqu'à

ce point, et, au contraire, la Cour de cassation a jugé, le 14 juillet 1823 (*J. Av.*, t. 25, p. 259), qu'on ne pouvait suppléer à l'obligation de motiver, en déclarant adopter les motifs développés dans les conclusions de l'une des parties. M. THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 269, se range à cette décision, d'autant plus conforme à la loi, que, si le jugement était ainsi motivé, rien ne constaterait, ne ferait connaître ses motifs, ceux des conclusions n'étant pas insérés dans les qualités.]] **Supp. alph.**, v° *Jugement*, n. 95 et suiv.

[[**595** bis. *Les motifs doivent-ils, à peine de nullité, être prononcés à l'audience? Peut-on s'inscrire en faux contre le jugement pour prouver que les motifs n'ont pas été prononcés à l'audience?*

Il suffit, pour répondre à la première partie de cette question, de remarquer que, puisque les motifs sont tellement essentiels au jugement qu'un jugement sans motifs est nul (*V.* la *Quest.* 595), on ne peut concevoir les motifs séparés du dispositif, et le dispositif tout seul n'est pas le jugement. Or, nous avons établi, sous l'art. 116, *Quest.* 487 *bis*, que le jugement devait, à peine de nullité, être prononcé à l'audience, et en audience publique.

Si le dispositif seul est prononcé, le jugement ne l'est pas : il y a donc nullité.

C'est ce qu'a jugé la Cour de cassation, les 25 mai 1830 (*S.*, 1830-1-213); 26 juillet 1831 (*J. Av.*, t. 46, p. 236); 23 avril 1829 (*J. Av.*, t. 36, p. 321). Aussi, cette Cour admet-elle l'inscription de faux, pour établir qu'un jugement ou un arrêt, dont la rédaction contient les motifs, a été réellement prononcé sans motifs.

Mais l'inscription de faux ne serait point admise, si elle avait pour but d'établir que les motifs écrits sont différents de ceux qui ont été prononcés; qu'on leur a donné, dans la rédaction, plus ou moins de développements, etc. C'est ce qui résulte de l'arrêt du 23 avril, cité plus haut, et d'un autre, en date du 29 janvier 1830 (*J. Av.* t. 41, p. 418); et en effet, comme il n'est pas indispensable que les motifs soient bons; comme, d'un autre côté, ils ne constituent pas la partie efficace, utile du jugement, peu importe qu'ils soient rédigés en d'autres termes qu'ils n'ont été prononcés, pourvu que ni la rédaction ni la prononciation ne manquent de motifs.

M. THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 268, conteste même que le défaut de motifs à l'audience emporte nullité. Sans rien dire des arguments dont on se sert pour prouver cette nullité, il se borne à faire observer que l'art. 141, qui exige des motifs, ne s'occupe que de la rédaction du jugement; d'où il suivrait, d'après cet auteur qu'il ne les rend pas obligatoires dans le prononcé : mais cet argument n'est d'aucun poids; car, poussé dans ses conséquences, il serait également applicable au dispositif, dont la nécessité est aussi proclamée par l'art. 141 : or on ne prétendra jamais valider un jugement dont le dispositif, mentionné sur la minute et l'expédition, n'aurait pas été prononcé à l'audience.

M. Thomine Desmazures ajoute que les présidents n'ont pas toujours la facilité d'élocution nécessaire pour motiver élégamment leurs jugements. C'est possible, et voilà même le triste prétexte sur lequel se fondent quelques-uns d'entre eux, et notamment ceux des tribunaux de commerce, pour s'abstenir de donner des motifs. Mais cette pratique abusive, qui ne soutient pas un moment les regards d'une saine théorie, serait bien vite condamnée et réformée par la Cour suprême, si on la lui dénonçait, comme elle l'est par tous les auteurs, entre lesquels nous citerons M. DALLOZ, t. 9, p. 628, n° 11, qui s'exprime ainsi : « Sans doute il n'est pas nécessaire, car il serait rarement possible, de motiver de vive voix avec la précision et l'exactitude qui

devra distinguer le jugement écrit; mais l'effet moral du jugement, dont la publicité est une forme essentielle, ne sera produit que par l'explication de la pensée du juge. Les jugements doivent être, aux yeux des parties qu'ils intéressent et du public qui les écoute, des raisonnements clairs, et non des oracles inintelligibles. »

Mais, pour être recevable à former l'inscription de faux en cette matière, ou, du moins, pour ne pas s'exposer à la voir rejeter par défaut de vraisemblance, la partie doit avoir le soin de protester contre l'absence des motifs, à l'instant même de la prononciation, ou par une opposition formée aux qualités. Faute d'avoir pris ces précautions, des demandes en inscription ont été plus tard déclarées tardives, par la Cour de cassation, les 2 juin et 24 novembre 1830 (DALLOZ, 1830-1-277 et 394). Nous n'admettons pas toutefois cette fin de non-recevoir, qui résulterait d'un acquiescement implicite.]] **Supp. alph.**, v° *Jugement*, n. 58 et 59.

[[**595** ter. *Lorsqu'on oppose à une partie la nullité d'un jugement ou d'un arrêt qu'elle a obtenu, en se fondant sur l'inobservation des dispositions de l'art.* **141** *du Code de procédure, peut-elle s'inscrire en faux, pour prouver que la loi a été fidèlement observée ?*

Cette question ne peut être résolue qu'à l'aide d'une distinction qu'indique la marche elle-même de la procédure. S'il est vrai qu'un jugement est acquis à une partie après sa prononciation, que la chose jugée résulte à l'instant même de cette décision, en faveur de cette partie, il est également incontestable que, pour avoir force probante, force exécutoire, il faut que ce jugement soit constaté par écrit, dans les formes indiquées par le Code.

Parmi ces formes, les unes seront le fait des parties, les autres le fait du juge.

C'est aux parties intéressées à surveiller l'accomplissement des formes qui sont en dehors du pouvoir du juge.

Si les qualités, consacrées à constater diverses procédures qui ont précédé le prononcé de l'arrêt, sont viciées par des omissions portant sur des énonciations substantielles, tant pis pour la partie qui les aura signifiées ; elle se les sera appropriées, et ne pourra jamais s'inscrire en faux contre leur contenu La partie qui aura succombé devra demander, en appel ou en cassation, la nullité de la décision dont on aura voulu poursuivre l'exécution contre elle.

Quant aux formes qui sont le fait du juge ou du greffier qui le représente, la partie est sans qualité pour en faire observer l'accomplissement.

Le nom des juges n'a pas été inscrit sur la feuille d'audience; les motifs ont été oubliés; le dispositif n'est plus le même que celui qu'on a prononcé à l'audience. De ces diverses omissions, de ces changements, le défendeur peut tirer ou un avantage ou un moyen de nullité ; quelle voie sera ouverte au demandeur? Evidemment l'*inscription de faux*, à quelque époque qu'on lui oppose l'omission ou la modification.

Il n'est pas en son pouvoir de faire changer, par le greffier, l'expédition qu'on lui délivre conformément au plumitif signé par le président; mais il doit pouvoir revendiquer par les voies légales un droit acquis que la négligence ou le crime veulent lui ravir.

On nous objectera peut-être que c'est alors créer un jugement par la preuve testimoniale.

D'abord, en principe, la preuve testimoniale est toujours admise pour la preuve d'un fait dont il était impossible d'obtenir la constatation par écrit.... Or, dans l'espèce, le demandeur ne pouvait pas faire établir par écrit un fait d'audience dont la constatation est confiée à la conscience du juge.

Ce n'est pas le jugement qui sera établi par témoins. C'est le fait de l'omis-

sion de l'inscription, sur les registres, de la décision prononcée, soit de ses motifs, soit de son dispositif. C'est aussi par la preuve testimoniale qu'on prouve la non-existence d'un jugement, lorsque, comme dans le cas de la *Q.* 595 *bis*, on admet l'inscription de faux pour établir que les motifs n'ont pas été prononcés à l'audience.]]

596. *L'art.* 141 *doit-il être observé, à peine de nullité, dans les justices de paix et dans les tribunaux de commerce?*

L'art. 433 ne laisse aucun doute pour l'affirmative, relativement aux tribunaux de commerce. C'est aussi ce qui a été jugé par la Cour de Rennes, le 8 septembre 1815. (*J.*, t. 4, p. 449, et *J. Av.*, t. 15, p. 118.)

Quant aux jugements de justice de paix, après avoir décidé, le 9 ventôse an V (*J. Av.*, t. 16, p. 561), que la disposition de la loi du 24 août leur était étrangère et ne pouvait être invoquée contre eux, pour fonder un moyen d'irrégularité et de nullité, la Cour de cassation décida le contraire. (V. *Tables* de BERGOGNIÉ, t. 1, p. 322 et 323.)

Nous croyons que l'arrêt de la même Cour, que nous avons rapporté sur la 10e *Question*, p. 20, préjuge la solution de la question, et qu'en ajoutant aux motifs qu'il renferme la considération qu'aucun article du liv. 1er du Code ne contient, pour les justices de paix, une disposition semblable à celle de l'art. 433, relativement aux tribunaux de commerce, on ne pourrait annuler un jugement de ces justices de paix pour contravention à l'art. 141.

Mais ce n'est pas une raison pour que les juges de paix s'écartent de l'usage où ils sont de s'y conformer en tout ce qui est compatible avec la procédure qui leur est tracée. (*V.* les *Quest.* de LEPAGE, p. 143.)

[[Nous pensons, avec MM. DALLOZ, p. 620, et FAVARD DE LANGLADE, que les motifs sont également indispensables pour toutes les décisions judiciaires, quelle que soit l'autorité dont elles émanent, sauf l'exception posée au § 2 de nos observations sur la *Quest.* 595.]]

ART. 142. La rédaction sera faite sur les *qualités* (1) signifiées entre les parties ; en conséquence, celle qui voudra *lever* (2) un jugement contradictoire, sera tenue de signifier à l'avoué de son adversaire les qualités, contenant les noms, professions et demeures des parties, les conclusions (3), et les points de fait (4) et de droit

Tarif, 87, 88. — [Notre Comm. du Tarif, t. 1, p. 219 à 221, nos 84 à 91.] — *Suprà*, art. 141. — [Notre Dict. gén. de proc., vis *Acquiescement*, n° 41; *Cassation*, n° 196; *Jugement*, nos 448 *bis* à 457; *Saisie-immobilière*, n° 581.—Devilleneuve, v° *Jugement*, nos 82 et 84.—Armand Dalloz, *eod.*, nos 264 à 280.—Locré, t. 21. p. 427, n° 80, et p. 647 et 648. — QUESTIONS TRAITÉES : Quels sont les tribunaux, les affaires et les jugements où la signification des qualités n'est pas exigée? *Q.* 597.—Si l'avoué de l'une des parties a cessé de postuler depuis le jugement, et qu'il n'en ait pas été constitué d'autre à sa place, y aura-t-il lieu, de la part de l'autre partie qui voudra prendre expédition, à la signification des qualités? *Q.* 597 *bis*.—Le jugement expédié sur qualités non signifiées serait-il nul? *Q.* 597 *ter*.—Comment doivent être rédigées les conclusions? *Q.* 597 *quater*.—S'il arrivait que chacune des parties signifiât des qualités, quelles seraient celles sur lesquelles le greffier devrait faire la rédaction du jugement? *Q.* 598.—La signification des qualités sans réserve rend-elle non recevable à appeler du jugement? *Q.* 598 *bis*.]

---

(1) *Qualités*. V. *suprà*, aux préliminaires du titre.

(2) *Lever*. Avoir expédition.

(3) *Conclusions*. Ce sont les dernières qui ont été prises, celles qui ont fixé définitivement l'état de la cause, et qui ont été remises au greffier de service à l'audience. Rennes, 14 août 1815 (*J. Av.*, t. 8, p. 319), et règlement du 30 mars 1808, art. 35.

(4) *Points de fait et de droit*. V. p. 710.

L'art. 87 du Tarif défend d'insérer dans les qualités les motifs des conclusions, et dans les *points de fait et de droit*, les moyens qui ont été produits par les parties

CIII. Sous l'empire de l'ordonnance de 1667, les jugements étaient rédigés par le greffier, si ce n'est que, dans les matières appointées, il devait se conformer à ce que l'on appelait le *dictum du juge*, qui contenait la *qualité*, c'est-à-dire les noms et qualités des parties, et leurs demeures respectives; *le vu*, c'est-à-dire, pour les jugements d'audience, la comparution et les noms des avocats, des procureurs et des gens du roi, et, pour les jugements en cause appointée, l'énumération des actes et écrits produits de part et d'autre; *le dispositif*, autrement ce que le juge avait prononcé et ordonné. Le président était spécialement chargé, dans les affaires d'audience, de revoir et corriger la rédaction. (V. *Ordonn.*, tit. 26, art. 5, et tit. 11, art. 15; Rodier et Jousse, sur ces articles.)

La loi du 24 août 1790 et les lois postérieures, avaient gardé un silence absolu sur la personne à laquelle appartiendrait la rédaction du jugement En certains tribunaux on suivait l'ancien usage, et le greffier en restait chargé. Dans quelques-uns, elle se faisait par le défenseur de la partie qui avait obtenu gain de cause; usage vraiment abusif, et dont les inconvénients n'étaient pas toujours prévenus par la révision du président. Un nouveau système a été introduit par l'art. 142. Il appartient au plaideur de rédiger la partie du jugement que cet article appelle *qualités*, et au président, celle qui forme le *prononcé* ou *dispositif*. C'est avec grande raison que notre savant collègue, M. Toullier, fait la critique de ce système, et des vœux pour qu'à l'exemple des législateurs génevois, les qualités soient fixées et déposées avant les plaidoiries. Eclaircir et simplifier la cause, épargner aux parties les frais d'opposition, mais surtout conserver l'exposé des faits, que, dans un temps reculé, il pourrait devenir impossible d'établir, voilà les avantages qui résulteraient du système adopté à Genève, tandis qu'aucun motif raisonnable ne saurait justifier celui que notre Code a consacré par les art. 142 à 145. (*V.* TOULLIER, t. 10, p. 211.)

[[MM. BONGENNE, t. 2, p. 438, et BOITARD, t. 1, p. 343 et suiv., unissent leurs vœux à ceux de M. Carré, pour la modification de ce système.]]

597. *Quels sont les tribunaux, les affaires et les jugements où la signification des qualités n'est pas exigée?*

Il n'est pas douteux qu'il n'y a pas lieu à signifier les qualités dans les justices de paix et dans les tribunaux de commerce, puisque cette signification n'a lieu qu'entre avoués, et que les avoués ne peuvent représenter les parties *en cette qualité* que devant les tribunaux de première instance. Aussi, dans ces juridictions extraordinaires, les qualités se rédigent sur la feuille d'audience. (*V.* les *Quest.* de LEPAGE, t. 1, p. 144.)

Il est aussi des affaires dans lesquelles la signification ne peut avoir lieu, parce qu'il n'y a pas d'avoués constitués : telles sont, par exemple, celles où l'administration de l'enregistrement et des domaines procède par simples mémoires signifiés de part et d'autre, comme lorsqu'il s'agit de perceptions ou de revenus des domaines; alors les qualités sont rédigées d'après ces mémoires.

Mais on doit se conformer à l'art. 142, lorsque cette même administration est obligée de se servir du ministère d'avoués, comme dans les saisies immobilières, ouvertures d'ordres, et généralement dans les questions de propriété. (Instruction du ministre des finances, donnée de concert avec celui de la justice, insérée en la *Jurisprudence du Code de procédure*, t. 2, p. 86, et *J. Av.*, t. 18, p. 597.)

Il est enfin des jugements où, par le même motif, c'est-à-dire à raison d'absence des avoués, la signification des qualités ne peut avoir lieu : ce sont

les jugements par défaut, d'après les termes de l'art. 142, qui n'est applicable qu'aux jugements contradictoires. C'est donc à l'avoué de la partie qui a obtenu ce défaut, à fournir au greffier les qualités sans lesquelles il ne pourrait expédier le jugement. (V. *Quest* de LEPAGE, p. 144; PIGEAU, t. 1, p. 530.)

M. DELAPORTE, t. 1, p. 149, dit cependant que, si le défaut est donné faute de défendre ou de plaider, il semblerait, comme il y a avoué constitué, qu'il y aurait lieu à la signification des qualités. Mais, sans reproduire les raisons sur lesquelles M. Lepage appuie l'opinion contraire, nous nous contenterons de citer l'artile 88 du Tarif, qui, en accordant un droit de copie des qualités, rappelle l'art. 142, et s'exprime ainsi : « Pour chaque copie qui « ne pourra être signifiée que dans les cas où le jugement serait contradic- « toire. »

[[MM. FAVARD DE LANGLADE, t. 3, p. 181, n° 6, et BONCENNE, t. 2, p. 434, enseignent aussi que c'est au greffier à rédiger les qualités des jugements émanés des tribunaux de commerce ou des justices de paix; outre le motif tiré de l'absence des avoués devant ces tribunaux, c'est d'ailleurs ce qui résulte d'une décision ministérielle du 31 octobre 1809 (*J. Av.*, t. 14, p. 508), et ce qu'a formellement jugé la Cour de Bruxelles, le 14 mai 1831 (*J. Av.*, t. 45, p. 619), en annulant l'ordonnance d'un président qui avait autorisé la signification de semblables qualités.

Quant à leur inutilité en matière de jugement de défaut, elle n'est pas susceptible de doute en présence des textes combinés du Code de procédure et du Tarif.

Pour les jugements faute de comparaître, ces dispositions sont justifiées par l'absence d'un avoué qui puisse recevoir la signification.

Pour les jugements faute de défendre, dans presque tous les cas, la partie défaillante a la voie de l'opposition pour faire rétracter ce jugement, et, avec lui, tout ce qu'il contient.

Aussi, tous les auteurs enseignent qu'il ne doit pas y avoir de décision différente pour l'un et l'autre cas ; ce sont notamment MM. PIGEAU, *Pr. civ.*, liv. 2, part. 3, tit. 7, art. 3, *in fine*, et *Comm.*, t. 1, p. 331; FAVARD DE LANGLADE, t. 3, p. 181, n° 6; THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 271; BONCENNE, t. 2, p. 433 et BOITARD, t. 1, p. 439 et suiv.

Un arrêt de la Cour de Bruxelles du 5 mars 1832 (*J. Av.*, t. 45, p. 445), a également déclaré qu'il n'y a pas lieu à signifier les qualités d'un arrêt rendu par défaut contre avoué.

Enfin, il résulte de la combinaison des art. 699 et 714 du Code de procédure civile que la signification des qualités n'a pas lieu pour les jugements d'adjudication; c'est ce qu'a décidé, avec raison, la Cour royale de Toulouse, le 7 avril 1829 (DALLOZ, 1829-2-166).]] **Supp. alph.**, v° *Qualités de jugement*, n. 17 et suiv.

[[**597** bis. *Si l'avoué de l'une des parties a cessé de postuler depuis le jugement, et qu'il n'en ait pas été constitué d'autre à sa place, y aura-t-il lieu, de la part de l'autre partie, qui voudra prendre expédition, à la signification des qualités?*

Oui, dit M. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 331, 332 et 333. Mais cette signification sera faite à la partie, à personne ou domicile, ne pouvant l'être à l'avoué qu'elle n'a plus; elle le sera soit par un huissier-audiencier, si cette partie réside au lieu où siége le tribunal, soit par un huissier de sa résidence. La partie pourra déclarer sur-le-champ qu'elle forme opposition, ou bien dans les vingt-quatre heures, par acte d'avoué qu'elle constituera.

Cette marche ne satisfait point M. BONCENNE, t. 2, p. 434 et suiv.; elle lui paraît embarrassée, et illusoire d'ailleurs à l'égard de la partie qui, recevant la

signification, ignorera le plus souvent ce qu'elle doit faire. Il en propose une autre qui consisterait à assigner la partie en constitution de nouvel avoué, tout en lui notifiant les qualités, ce qui la mettrait tout à la fois en demeure de former son opposition, et de régulariser sa position judiciaire.

Dans une dissertation fort intéressante, insérée au *Journal des Avoués*, t. 56, p. 87, M. Perrin, doyen des avoués à la Cour royale de Paris, a proposé un système différent : il déclare la signification des qualités inutile pour le cas qui nous occupe.

Voici quelques-uns des motifs sur lesquels repose cette opinion : « si les qualités ne sont pas signifiées dans les justices de paix et dans les tribunaux de commerce, si elles ne le sont point dans certaines affaires qui s'instruisent et se jugent devant les tribunaux ordinaires d'arrondissement, c'est à cause de l'absence des avoués. Or la question actuelle suppose que, par un événement quelconque, son décès, sa démission, son interdiction, l'avoué de l'une des parties a cessé de postuler. La même raison ne doit-elle pas amener la même solution ?

« On peut signaler les graves inconvénients qui résulteraient de la signification des qualités à la partie, soit qu'on l'assignât, oui ou non, en constitution de nouvel avoué, les lenteurs interminables que cette procédure comporterait, pour peu que la partie fût domiciliée à une certaine distance du siége du tribunal ; l'impossibilité où serait souvent et pendant longtemps, la partie qui aurait obtenu gain de cause, de faire expédier un jugement dont l'exécution néanmoins demanderait de la promptitude. La loi qui a voulu borner à vingt-quatre heures le délai pour faire opposition aux qualités serait évidemment violée, dans son esprit, par un système qui permettrait à peine d'arriver, au bout de plusieurs mois, à une solution définitive.

« D'ailleurs si le jugement ne peut être retardé par la cessation de fonctions d'un avoué, lorsque les plaidoiries ont été commencées (art. 342, Cod. pr. civ.), comment concevoir que son expédition et son exécution seront retardées par un semblable événement survenu après sa prononciation ?

« Enfin, ne trouve-t-on pas un motif bien puissant d'analogie dans l'art. 148, qui dispense de la signification du jugement à avoué, lorsque celui-ci a cessé ses fonctions, et qui se contente d'exiger, dans la signification à partie, la mention de cette circonstance ?

« Eh bien ! les qualités non signifiées seront remises au greffe, avec déclaration du motif pour lequel la signification n'en a pas été faite ; les droits de la partie adverse seront par là conservés, puisqu'on ne pourra point se prévaloir contre elle des faits consignés dans des qualités auxquelles elle n'a pu s'opposer. »

Ce système de M. Perrin avait été déjà indiqué par M. Thomine Desmazures, t. 1, p. 272.

Toutes les fois que le Code prescrit une signification à avoué dans le cours d'une instance, et que l'avoué est démissionnaire ou décédé, la signification doit être faite à la partie elle-même. Ne prenons qu'un exemple : l'art. 148 qui appartient à notre titre. De ce qu'une partie n'est plus représentée par un officier ministériel, il ne doit pas résulter qu'elle sera privée de toute espèce de garantie ; il est au contraire indispensable de l'avertir par une signification déposée à son domicile.

L'art. 142 exige une signification à l'avoué ; l'avoué n'existe plus, donc cette signification devra être faite à la partie. Telle est la conséquence forcée du principe que nous venons de poser.

La rédaction des qualités est de la plus haute importance, surtout pour le jugement des affaires devant la Cour de cassation. Notre propre expérience nous l'a souvent démontré, et nous croyons avoir suffisamment prouvé, dans

le *Journal des Avoués*, t. 44, p. 264, le soin qui, de la part des deux parties ou de leurs conseils, doit être apporté à la rédaction des qualités. (*V.* aussi notre *Quest.* 597 *quater.*)

Il n'y a point de délai fatal pour se pourvoir contre les qualités; nous ne sommes pas touché de ce scrupule de M. Boncenne, que la partie ignorera ce qu'elle doit faire. Elle lira dans les significations que son avoué est mort ou a été destitué; elle portera son papier timbré à un autre avoué, qui s'empressera de se constituer et d'aviser à ce qu'il jugera être bon.

Mais, dit-on, il n'y a aucun danger pour la partie à qui les qualités n'auraient pas été signifiées, parce qu'on ne pourra pas lui opposer le contenu de ces qualités. C'est là une grande erreur. Devant la Cour de cassation, cette partie objectera en vain le défaut de représentation au moment de la rédaction des qualités. La Cour ne prendra pour constant que les faits exprimés dans l'arrêt attaqué, et un arrêt ne se compose pas seulement des motifs et du dispositif.

Dans le système que nous combattons, il faudrait donc qu'au moment où la partie condamnée recevrait la signification du jugement ou de l'arrêt, elle formât opposition à la rédaction de ce jugement. Il y aurait ainsi un nouveau procès; car, si cette partie parvenait à faire changer la rédaction il faudrait une nouvelle expédition et une nouvelle signification.

En l'absence d'un texte aussi précis, voici donc ce que nous proposons : les qualités doivent être signifiées à la partie avec sommation d'avoir à déclarer dans la huitaine si elle entend s'opposer à la rédaction proposée. Ce délai, sans doute, ne sera pas de rigueur, mais si la partie qui reçoit la sommation, le laisse expirer sans former d'opposition, elle aura mauvaise grâce à revenir, après la signification du jugement ou de l'arrêt, contre la rédaction des qualités; il lui faudra signaler une erreur palpable et presque frauduleuse, pour en obtenir la réformation.

Les formes judiciaires sont introduites pour éviter les surprises, et pour protéger le fond du droit. Notre opinion tend à accorder protection à une partie qui se trouve, sans qu'il y ait de sa faute ou de sa négligence, dépourvue du protecteur qu'elle s'était choisi.]] **Supp. alph.**, v° *Qualités de jugem.*, n. 21 et 22.

[[597 ter. ***Le jugement expédié sur qualités non signifiées serait-il nul?***

Cette irrégularité n'entraînerait pas sans doute la nullité du jugement même, qu'on pourrait toujours faire expédier ultérieurement sur de nouvelles qualités signifiées.

Mais l'expédition qui en aurait été prise sur les premières, la signification qu'on en aurait faite, n'auraient certainement aucune valeur.

Il en serait de même du jugement expédié sur les qualités signifiées, mais avant qu'il eût été statué sur l'opposition formée par la partie adverse.

C'est ce qu'enseigne M. THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 272, et ce qu'ont jugé les Cours de Colmar, 27 nov. 1810 (*J. Av.*, t. 18, p. 598); de Bordeaux, 9 mai 1829 (*J. Av.*, t. 37, p. 239), et de Poitiers, 5 mars 1834 (*J. Av.*, t. 46, p. 304). La Cour de Rennes est la seule qui n'ait voulu voir, dans la levée d'une expédition sur qualités non signifiées, qu'une simple irrégularité dont la partie adverse peut tirer le parti qu'elle juge convenable, mais qui ne donne pas lieu à en lever une seconde. Cet arrêt, du 22 déc. 1824 (*J. Av.*, t. 28, p. 126), est d'autant plus susceptible de critique qu'il ôterait toute sanction à la loi.

On sent au reste que, dans notre système, il y aurait, à plus forte raison nullité de l'expédition délivrée sur qualités signifiées, mais signifiées pour servir à un autre jugement; il faut qu'il y ait harmonie entre les qualités et

le dispositif, autrement à quoi serviraient-elles ? C'est ce qu'a eu occasion de juger la Cour de Rennes, le 20 janvier 1812 (*J. Av.*, t. 18, p. 602).

Faisons toutefois observer que, quoique la signification préalable des qualités soit nécessaire à la validité d'une expédition, il n'y aurait pas violation de l'art. 142, en ce que cette expédition, n'énoncerait pas que la signification a eu lieu; Cass., 12 février 1817 (*J. Av.*, t. 18, p. 605.)]] **Supp. alph.**, v° *Qualités de jugem.*, n. 24 et suiv.

[[**597** quater. *Comment doivent être rédigées les conclusions ?*

L'art. 87 du Tarif défend d'insérer dans les qualités les motifs des conclusions et de rappeler dans les points de fait et de droit les moyens des parties.

Cependant la Cour de cassation ne peut casser la décision qu'on lui défère pour violation d'une loi, lorsque cette loi n'a pas été invoquée devant le tribunal auquel on reproche de l'avoir méconnue, et d'un autre côté elle a juge plusieurs fois que les qualités de l'arrêt sont les seuls et uniques documents qu'elle ait à consulter pour connaître les moyens des parties; 26 avril 1827 (*J. Av.*, t. 33, p. 279). C'est de quoi nous avertit M. DALLOZ, t. 9, p. 619, n° 9.

Inutilement justifierait-on que ces conclusions ont été signifiées, en produisant l'original enregistré ou un mémoire dans lequel on les aurait imprimées ; Cass., 5 avril 1827 (*J. Av.*, t. 33, p. 175); vainement l'acte par lequel elles ont été faites aurait été visé dans le point de fait de l'arrêt ; vainement enfin l'arrêt qui n'y a pas fait droit ou qui les a rejetées sans les motiver en attesterait-il la signification ; la Cour rejetterait le pourvoi. Car, s'il est certain en pareille hypothèse que les conclusions dont il s'agit ont été signifiées, rien ne prouve que réellement on les a posées aux juges ; et dès lors on est mal fondé à reprocher à ceux-ci de les avoir méconnues. Pour qu'il en fût autrement, il faudrait que les conclusions eussent été transcrites dans l'arrêt attaqué.

C'est par application de ces principes qu'il a été jugé qu'on ne peut demander la cassation d'un arrêt, par cela seul qu'il rejette sans motifs une fin de non-recevoir, présentée dans une requête signifiée après les plaidoiries et visée dans les qualités, s'il n'est constaté, ni dans le point de fait ni dans le point de droit, que le moyen a été plaidé, invoqué devant la Cour royale. *V.* l'arrêt du 26 janvier 1832 (*J. Av.*, t. 43, p. 650), et nos observations sur la *Quest.* 595, § 5.

Il existe une foule d'autres arrêts qui jugent de même pour les conclusions signifiées avant les plaidoiries. Nous le répétons : tant que ces conclusions ne sont pas transcrites dans l'arrêt, rien ne peut justifier qu'elles ont été réellement soumises aux magistrats ; on prouve seulement qu'on les a signifiées.

Et pourtant, il est peu vraisemblable qu'on ait abandonné, dans la plaidoirie, un moyen qu'on a invoqué dans des conclusions signifiées. Il est probable, au contraire, qu'on l'a soumis de même à la Cour royale, sinon oralement, du moins dans la copie des conclusions qu'il est d'usage de donner au greffier ; mais cette probabilité ne suffit pas; il faut, comme nous l'avons dit, une preuve résultant de l'arrêt même, c'est-à-dire des qualités.

Il y a plus ; lors même qu'il serait établi que le moyen a été réellement invoqué devant la Cour, cela ne suffirait pas encore. Il est nécessaire que la partie en ait fait un chef de demande, et qu'elle l'ait inséré dans le dispositi même de ses conclusions. Cette hypothèse se présente assez souvent. On fonde des conclusions sur des moyens de droit longuement développés dans une requête, ou un autre acte d'instruction ; mais, au lieu d'en faire un *chef de conclusions*, on n'en fait qu'un motif, un argument.

Ainsi, par exemple, un débiteur se prétend libéré envers le demandeur, en

se fondant sur ce que l'action est prescrite, et la dette payée, et il conclut *à ce que l'adversaire soit débouté purement et simplement de sa demande.*

Nonobstant ces conclusions, les juges le déclarent débiteur, sans s'expliquer sur le moyen de prescription, et le condamnent. Si, dans les qualités de l'arrêt, il ne fait pas insérer qu'il a conclu *à ce que la demande fût déclarée prescrite*, il ne pourra venir en Cassation se plaindre de ce que, *sans motifs*, l'exception de prescription a été repoussée. Vainement la requête dans laquelle il l'aura opposée sera-t-elle visée dans l'arrêt et exhibée à la Cour suprême. On lui répondra que l'arrêt lui-même ne justifie pas qu'on ait soumis le moyen de prescription aux juges, ou du moins qu'on en ait fait un chef de conclusions, et le pourvoi sera rejeté.

Pour éviter un pareil résultat, il faudra donc que les conclusions insérées en l'arrêt portent que le défendeur a conclu, non pas d une manière générale, à ce que *son adversaire soit débouté de sa demande*, mais 1° *à ce que la dette soit déclarée prescrite*, et 2° *à ce que le demandeur soit déclaré mal fondé*, comme ayant été payé.

Alors il sera légalement certain qu'on a soumis aux juges, tant le moyen de prescription, que les autres moyens de libération, et l'on pourra obtenir la cassation de l'arrêt, si le moyen de prescription a été rejeté sans motifs.

Telle est la jurisprudence de la Cour suprême. Elle ne casse pour défaut de motifs que les décisions qui ont rejeté, sans le motiver, *un chef même de conclusions.* Et la raison en est simple, c'est que la loi n'oblige les tribunaux à motiver que les décisions sur les *demandes*, et non sur les moyens développés à l'appui de ces demandes. (*Voy.* nos observations sur la *Quest.* 595, § 5.)

Les avoués doivent donc apporter la plus grande attention à faire, de chacun des moyens de leur partie, un chef bien distinct de conclusions, quoique tous tendent au même résultat; par là, ils obtiendront le droit de les faire insérer dans les qualités des jugements, et les parties pourront se pourvoir sans crainte contre des décisions qui les auront rejetés sans donner de motifs; car ces décisions auront fait plus; elles ne les auront pas jugés, et la voie de la requête civile est ouverte (*Voir* nos observations sur la *Quest.* 595, § 5), contre les jugements dont le dispositif omet de statuer sur un des chefs soumis aux magistrats.]] **Supp. alph.**, v° *Qualités de jug.*, n. 8 et suiv.

598. *S'il arrivait que chacune des parties signifiât des qualités, quelles seraient celles sur lesquelles le greffier devrait faire la rédaction du jugement?*

Les art. 6 et 8 du décret du 16 février 1807 disposent que si la partie qui a obtenu l'arrêt ou le jugement néglige de le lever, l'autre partie lui fera sommation de le lever dans les trois jours, et que, faute à la première de satisfaire à cette sommation, la partie qui aura succombé pourra lever une expédition du jugement.

Il suit de là que, si la partie qui a obtenu gain de cause signifie des qualités, ce sera sur ces qualités que l'on devra rédiger le jugement, à l'expiration du délai pour l'opposition; que si, au contraire, la partie qui a succombé en signifie, le greffier n'y aura égard qu'autant qu'elle justifiera qu'elle a constitué l'autre partie en demeure de lever le jugement, et que celle-ci n'aura pas signifié de qualités.

Si les deux parties ont obtenu de part et d'autre gain de cause sur certains chefs, il faudra rédiger sur les qualités de celle qui aura intérêt principal. S'il y a égalité d'intérêt, et que la partie à laquelle les qualités auront été notifiées n'y ait pas fait opposition, nulle difficulté pour rédiger sur ces mêmes qualités; dans le cas contraire, on rédigera d'après les changements ordonnés par

suite de l'opposition, ou sur les qualités que l'opposant aurait notifiées, si le président leur accordait la préférence.

Nous renvoyons, sur l'art. 146, l'examen de la question de savoir si *toute expédition* d'un jugement doit être revêtue de la forme exécutoire.

[[Les mêmes hypothèses sont prévues et résolues de la même manière par MM. DEMIAU-CROUZILHAC, p. 108; PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 330; FAVARD DE LANGLADE, t. 3, p. 181, n° 5; THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 271; BONCENNE, t. 2, 430, et BOITARD, t. 1, p. 430.]] **Supp. alph.**, v° *Qualités de jugem.*, n. 1 et s.

598 bis. *La signification des qualités, sans réserve, rend-elle non-recevable à appeler du jugement?*

M. Pigeau, dans les premières éditions de sa *Procédure civile*, avait résolu affirmativement cette question; mais, dans la dernière, liv. 2, part. 3e, tit. 7, art. 3, n° 3, et dans son *Comm.*, t. 1, p. 331, il a, avec raison, professé une opinion contraire, sur le fondement que la partie ne peut être censée acquiescer à un jugement avant de le connaître, qu'elle ne peut le connaître parfaitement avant de l'avoir levé, et qu'elle ne peut le lever sans signifier les qualités.

La Cour de cassation a sanctionné cette dernière solution par arrêt du 20 juillet 1831 (*S.*, 1831-1-282).]]

ART. 143. L'original de cette signification restera pendant vingt-quatre heures entre les mains des huissiers-audienciers.

CIV. Le délai de vingt-quatre heures, dont parle l'art. 142, est accordé pour donner le temps à l'avoué auquel les qualités sont signifiées de former à leur rédaction l'opposition dont il s'agit dans l'article suivant.

[[Si l'avoué est décédé, *V.* notre *Quest.* 597 *bis.*]]

ART. 144. L'avoué qui voudra s'opposer, soit aux qualités, soit à l'exposé des points de fait et de droit, l'exposera à l'huissier, qui sera tenu d'en faire mention.

Tarif, 90.—[Notre Comm. du Tarif, t. 1, p. 221, n°s 93, 95 et 96.— Notre Dict. gén de proc., v° *Jugement*, n°s 458 à 462, 465 à 467. — Arm. Dalloz, *eod*, n°s 277 à 285. — QUESTIONS TRAITÉES : Si un avoué laisse passer le délai de vingt-quatre heures, sans déclarer à l'huissier qu'il entend former opposition, cette opposition sera-t-elle non-recevable par la suite? *Q.* 599.—De ce que l'art. 144 dit que l'huissier fera mention de l'opposition sur l'original, résulte-t-il que l'avoué adverse ne puisse écrire lui-même et signer son opposition? *Q.* 600.—Lorsqu'il n'y a point eu d'opposition aux qualités, et que conséquemment l'avoué a laissé lever le jugement, sa partie est-elle non recevable à nier les faits qui s'y trouveraient consignés? *Q.* 601.—Des faits ou des aveux mentionnés dans les motifs du jugement, seraient-ils également irrécusables? Les motifs ou le dispositif peuvent-ils prévaloir contre les conclusions insérées aux qualités? *Q.* 601 *bis.*]

CV. On a vu par l'art. 142 que l'on appelait qualités, non-seulement la partie du jugement qui indique les qualités proprement dites des parties, comme leurs nom, profession, domicile, et le titre sous lequel elles agissent en privé nom ou en nom qualifié, c'est-à-dire comme mari, père, tuteur, administrateur, etc., mais encore les points de fait et de droit. Dans l'art. 144, le législateur prend le mot *qualités* dans ce dernier sens. Ainsi, l'avoué ne s'oppose qu'aux qualités; par exemple, dans le cas où l'on aurait omis de donner à sa partie la qualité d'héritier bénéficiaire, ou de renonçant à une succession, l'opposition aura pour objet, afin d'empêcher de considérer cette partie comme héritier pur et simple, de faire rétablir cette qualité, et, réciproquement, de la faire rayer, si elle a été donnée mal à propos. Au contraire, l'op-

position se rapportera aux points de fait ou de droit, si l'avoué prétend qu'on n'a pas exactement rendu les conclusions, si l'on a omis des faits essentiels, si l'on en a posé d'inexacts, si les questions à résoudre en droit ne sont pas réellement celles que la cause présente, si elles sont incomplètes, etc. En ces cas, il y aura lieu à retrancher, ajouter ou réformer, dans le projet qui forme les qualités.

599. *Si un avoué laisse passer le délai de vingt-quatre heures sans déclarer à l'huissier qu'il entend former opposition, cette opposition sera-t-elle non recevable par la suite?*

M. DELAPORTE, t. 1, p. 150, et les auteurs du *Commentaire*, inséré aux *Annales du Notariat*, t. 1, p. 280, décident affirmativement cette question.

Nous ne partageons pas cette opinion, et nous nous fondons sur ce qu'aucun article du Code ne dispose que, faute d'avoir fait à l'huissier la déclaration, l'avoué sera déchu de se pourvoir par acte d'avoué à avoué devant le président, pour faire rectifier des qualités et réparer des omissions; aucun article n'interdit aussi au président la faculté de faire droit sur l'opposition.

La Cour de Rennes, par arrêt du 19 juillet 1808, 3e Chambre, a décidé la question en ce sens.

Nous ajouterons une considération tirée de l'art. 1029 du Code de procédure; c'est que cet article, disposant qu'aucune des déchéances *prononcées* dans le Code n'est *comminatoire*, suppose qu'en général l'on doit considérer comme telle toute déchéance qui n'est pas expressément portée dans une de ses dispositions.

A plus forte raison, si l'avoué qui se présenterait dans les vingt-quatre heures, pour former son opposition aux qualités, n'en trouvait pas l'original entre les mains de l'huissier, serait-il fondé à signifier son opposition à l'avoué adverse, et même au greffier, afin d'empêcher que l'on fît usage de cet original.

[[Nous adoptons cet avis avec MM. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 333; DALLOZ, t. 9, p. 619, et THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 272. (*V.* aussi notre *Quest.* 597 *bis.*]]

600. *De ce que l'art. 144 dit que l'huissier fera mention de l'opposition sur l'original, résulte-t-il que l'avoué adverse ne puisse écrire lui-même et signer son opposition?*

Nous ne pensons pas que la loi ait entendu lui interdire de prendre cette précaution, qui le met à l'abri de toute omission de la part de l'huissier.

Cependant, comme l'opposition est un acte du ministère de cet officier public; comme la loi exige qu'il en fasse mention sur l'original, en sorte que cette mention équivaut à une signification qu'il ferait à l'avoué adverse en lui remettant cet original, nous estimons que l'huissier doit, à la suite de la déclaration que l'avoué aurait écrite lui-même, mentionner qu'elle l'a été en sa présence, pour servir et valoir comme opposition. (V. *Commentaire*, inséré aux *Annales du Notariat*, t. 1, p. 280.)

[[Sans doute, et c'est aussi l'opinion de M. DALLOZ, t. 9, p. 619, n° 9. Surtout, on ne saurait prétendre que l'opposition fût régulière, si elle n'avait été faite que sur la copie de la signification, laissée entre les mains de l'avoué; car, si la loi exige qu'il en soit fait mention sur l'original, c'est afin que la partie en soit prévenue, par cet original même qui doit lui être rendu; que serait une opposition que l'on ne ferait pas connaître à la partie qu'elle intéresse? Aussi la Cour de Rennes a-t-elle, le 22 décembre 1824 (*J. Av.*, t. 28, p. 126), déclaré sans effet une opposition ainsi formée.

Mais, dans le cas prévu sous la question précédente, où l'opposition est formée hors du délai de 24 heures, et lorsque l'original ne se trouve plus entre les mains de l'huissier, il est de toute évidence que l'opposition ne peut plus être inscrite sur cet origiual, qu'elle n'est plus un acte du ministère de cet huissier.

Alors, certainement l'avoué devra la former par un acte séparé adressé à son confrère dans la forme ordinaire des actes de palais. C'est aussi l'opinion de MM. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 333, et THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 272.]]

601. *Lorsqu'il n'y a point eu d'opposition aux qualités, et que conséquemment l'avoué a laissé lever le jugement, sa partie est-elle non recevable à nier les faits qui s'y trouveraient consignés?*

Cette question a été résolue pour l'affirmative par arrêt de la 2e chambre de de la Cour de Rennes du 13 mars 1810. (V. *Journ.* des arrêts de cette Cour, t. 1, p. 69, et (*J. Av.*, t. 18, p. 598.)

Ainsi, par un autre arrêt du 3 avril de la même année (*ibid.* p. 68, et *J. Av.* t. 18, p. 598), la même chambre a décidé d'une manière implicite que, sous l'appel, une partie ne pouvait contester la vérité d'une déclaration de son avoué, consignée dans les points de fait. Et en effet, les qualités étant signifiées et le jugement levé, les faits qui s'y trouvent référés doivent demeurer constants, jusqu'à désaveu de l'avoué qui aurait donné une déclaration que sa partie conteste.

[[Cette solution n'est pas susceptible de contradiction. Elle est adoptée par MM. FAVARD DE LANGLADE, t. 3, p. 181, n° 5; DALLOZ, t. 9, p. 619, n° 9; THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 271, et BONCENNE, t 2, p. 437.

M. Thomine Desmazures, tout en convenant du principe, enseigne néanmoins que la partie ne serait peut-être pas, dans tous les cas, et suivant les circonstances, irrecevable à représenter au juge d'appel l'erreur ou l'inexactitude qui aurait été commise.

Un semblable tempérament se conçoit, parce que le juge d'appel est juge du fait et du droit; aussi ce juge pourrait admettre des pièces qui démontreraient invinciblement l'erreur de fait consignée dans les qualités; quant aux déclarations et aveux, voyez notre question suivante.

Mais il a été décidé plusieurs fois que la partie qui n'a point formé opposition aux qualités d'un arrêt, ne peut proposer devant la Cour de cassation des moyens qui supposeraient des faits contraires à ce qui est consigné dans ces qualités; on peut voir notamment, dans ce sens, les arrêts des 1er février 1825 (*J. Av.*, t. 29, p. 50), 26 juin 1826 (*J. Av.*, t. 31, p. 338), 29 mars 1832 (*J. Av.*, t. 43, p. 682).

L'authenticité des faits et des conclusions consignées dans les qualités ne peut d'ailleurs être détruite par un certificat émané du greffier comme l'a jugé la Cour de Toulouse, le 9 février 1828 (*J. Av.*, t. 34, p. 157).

Il résulte du même principe que, s'il y a eu opposition aux qualités, et que cette opposition ait réussi, la partie n'est plus recevable à contester la partie des qualités qu'elle n'a pas attaqué d'abord, et qu'elle ne peut par exemple, exciper en cassation de ce qu'elles ne contiennent point ses conclusions, ni celles de son adversaire; ainsi l'a jugé, avec raison, la Cour de cassation de Belgique, le 18 octobre 1831 (*J. Av.*. t. 45, p. 748.)]] **Supp. alph.**, v° *Qualités de jugem.*, n. 49 et suiv.

[[**601** bis. *Des faits ou des aveux mentionné, dans les motifs du jugement seraient-ils également irrécusables? Les motifs ou le dispositif peuvent-ils prévaloir contre les conclusions insérées aux qualités?*

Si les faits consignés dans les qualités ne peuvent pas en général être contre-

dits (*Voir* la *Quest.* 601), c'est parce que ces qualités, lorsqu'il n'y a pas eu d'opposition, sont regardées comme l'œuvre commune des parties.

Il n'en est peut-être pas de même des faits ou des aveux mentionnés aux motifs du jugement, ces motifs étant l'œuvre exclusive du juge, qui n'a point qualité pour faire ces sortes de constatations dans la partie accessoire de son jugement, partie indépendante des conclusions prises devant lui par les plaideurs, et qui n'est point soumise à leur contrôle.

Aussi ne peut-on trop s'élever contre l'habitude où sont quelques tribunaux de faire reposer les motifs de leurs jugements sur de prétendus aveux, compromettant ainsi leur dignité, et s'exposant à voir leurs assertions démenties à bon droit, par celle des deux parties à qui elles font grief.

Le jugement ne doit rien décider que dans son dispositif, et il ne peut, dans son disposif, statuer que sur les conclusions. Si donc l'une des parties a intérêt à faire constater un aveu échappé à son adversaire, qu'elle en demande acte : la justice de cette réclamation sera débattue contradictoirement, et le jugement, dans son dispositif, donnera ou refusera acte. Hors de cette marche, il n'y a qu'irrégularité, inutilité même ; car, constatés de tout autre manière, les faits ou les aveux non consignés dans les qualités n'auront aucune espèce d'authenticité.

Cette doctrine est professée par M. BONCENNE, t. 2, p. 437 et 440, et consacrée par un arrêt de la Cour de Poitiers du 26 décembre 1826 (*J. Av.*, t. 33, p. 359.)

Disons aussi, avec la Cour de Nanci, 9 avril 1834 (*J. Av.*, t. 48, p. 40), que les énonciations contenues, soit dans le dispositif, soit dans les motifs, ne peuvent prévaloir contre les conclusions insérées aux qualités, l'objet du litige ne pouvant être valablement fixé que par ces conclusions.]] **Supp.**, p. 172.

ART. 145. Sur un simple acte d'avoué à avoué, les parties seront réglées sur cette opposition par le juge qui aura présidé ; en cas d'empêchement, par le plus ancien, suivant l'ordre du tableau.

Tarif, 70, 90.—[Notre Comment. du Tarif, t. 1, p. 221, nos 94 et 97.—Notre Dict. gén. de Proc., vo *Jugement*, nos 463 à 464 *bis*, 540 à 580. — ARM. Dalloz, *eod.*, nos 286 à 291, 466 à 512. — QUESTIONS TRAITÉES : La décision qui intervient sur l'opposition aux qualités doit-elle être mise à la suite de l'original de la signification, ou doit-elle être écrite sur une feuille à part? *Q.* 602. — Peut-on se pourvoir par appel contre la décision rendue sur l'opposition aux qualités? *Q.* 603. — Le jugement une fois prononcé à l'audience est-il acquis aux parties, de manière qu'il ne soit permis aux juges d'y rien changer? *Q.* 604.—Mais résultera-t-il de la décision ci-dessus que le juge ne puisse interpréter son jugement? *Q.* 605.] V. *Q.* 604 *ter*.

CVI. Ainsi, pour faire statuer sur l'opposition, l'avoué le plus diligent doit, par un simple *avenir*, citer l'avoué adverse devant le juge. Celui-ci les entend dans leurs moyens respectifs, et *les règle*, ou, en d'autres termes, prononce sur la contestation, soit en rectifiant la rédaction des qualités, soit en la maintenant telle qu'elle a été dressée.

Après ce réglement, ou lorsqu'il n'y a pas eu d'opposition dans les vingt-quatre heures, aux termes de l'art. 143, l'avoué remet au greffe l'original rectifié ou non attaqué, et c'est alors que le greffier, le réunissant à la minute écrite sur la feuille d'audience, trouve dans la réunion de ces deux pièces toutes les parties qui doivent constituer la rédaction du jugement. (*V.* ci-dessus aux préliminaires du titre.) **Supp. alph.**, vo *Qualités de jugem.*, n. 38 et s. **Supp. alph.**, vo *Qualités de jugem.*, n. 52 et suiv. *Le règlement des qualités par un juge incompétent entraîne-t-il nullité du jugement?* Q. 604 *ter*.

602. *La décision qui intervient sur l'opposition aux qualités doit-elle être mise à la suite de l'original de la signification, ou doit-elle être écrite sur une feuille à part?*

Suivant les auteurs du *Commentaire* inséré aux *Annales du notariat*, t. 1,

p. 281, la décision dont il s'agit doit former un acte séparé de celui de la signification.

La raison qu'en donnent ces auteurs, c'est que cette décision a beaucoup plus d'analogie avec une ordonnance sur référé qu'avec les ordonnances sur requête, qui se portent sur la même feuille.

« En effet, disent-ils, une ordonnance sur requête est un simple acte pré-
« paratoire, et la décision du juge sur l'opposition aux qualités est un véri-
« table jugement rendu sur plaidoirie, et qui est destiné à recevoir immédia-
« tement son exécution. Il est donc indispensable qu'il en reste une minute
« au greffe, et, par conséquent, que cette décision ne soit pas écrite au bas
« de l'acte de signification des qualités, lequel doit être rendu à la partie qui veut faire lever le jugement.

« D'ailleurs, ajoute-t-on, la partie qui succomberait dans cet incident peut
« avoir des motifs de se faire délivrer copie de cette décision. Or, comment
« pourrait-elle se faire délivrer cette copie, si la décision n'était pas portée
« sur une minute séparée? »

M. PIGEAU, t. 1, p. 530, dit, au contraire, que, si le magistrat qui doit statuer sur l'opposition approuve les qualités, il met au bas : *Bon à expédier sur les présentes qualités*, et signe; qu'il en fait autant lorsqu'il se borne à les réformer, après avoir fait, *sur les qualités*, les changements qu'il croit convenables et qu'il doit approuver, que, s'il les rejette, il met : *Ne pas expédier sur les présentes qualités.*

On sent que ce dernier cas suppose qu'il a été signifié, par la partie adverse, d'autres qualités que le juge approuve; car on ne peut supposer une opposition telle, qu'elle pût faire rejeter en entier des qualités, si l'opposant n'avait eu le droit d'en signifier, et n'en eût pas effectivement signifié d'autres.

Nous remarquerons que l'usage est conforme à l'opinion de M. Pigeau, et nous le croyons fondé sur ce que le législateur exige que l'opposition soit écrite sur l'original, et qu'il ne s'est pas autrement exprimé à l'égard de la décision du juge.

Il est assez naturel, il est plus convenable, en effet, puisque c'est sur cet original que la rédaction du jugement doit être faite, sauf les changements indiqués par le juge, que la même feuille qui le contient, ainsi que l'opposition, présente ces changements.

Au reste, nous sommes peu touché de l'analogie de la décision donnée sur l'opposition avec l'ordonnance de référé; et en supposant, ce que nous ne croyons pas, qu'il puisse y avoir lieu à l'appel de cette décision; en supposant encore que, sur l'appel du fond, on ait besoin de justifier de l'opposition, nous remarquerons que, dans ce cas, on pourrait aussi bien obtenir une expédition de la décision écrite sur l'original des qualités, que si elle l'avait été sur une feuille séparée. Si, au contraire, il ne peut y avoir lieu à l'appel de la décision, ou si le jugement n'est pas susceptible d'appel au fond, nous ne voyons pas l'intérêt qu'aurait une partie à lever expédition.

CC MM. DALLOZ, t. 9, p. 619, n° 10; FAVARD DE LANGLADE, t. 3, p. 181, n° 5; THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 272; et BONCENNE, t. 2, p. 433, pensent aussi que l'ordonnance de règlement doit être portée sur l'original même des qualités, et a forme indiquée par M. Pigeau; c'est, au reste, ce qui résulte d'une décision prise de concert entre les ministres de la justice et des finances, le 21 mai 1811 (*J. Av.*, t. 18, p. 600). Il faut remarquer que les présidents ne sont pas obligés de rectifier eux-mêmes les qualités auxquelles il est formé opposition; ils peuvent en charger l'avoué de la partie adverse, sauf à vérifier aussi la rédaction; Cass., 23 novembre 1829 (*J. Av.*, t. 38, p. 194).]]

603. *Mais peut-on se pourvoir par appel contre la décision rendue sur l'opposition aux qualités ?*

Le Code ne renferme aucune disposition qui autorise l'appel, et il nous semble que, si le législateur avait eu l'intention d'ouvrir cette voie aux parties, il s'en fût expliqué, comme il l'a fait à l'égard des ordonnances sur référé. (*V.* art. 809.)

Ainsi, nous nous bornons à remarquer que, quelle que soit la décision qui intervienne sur l'opposition aux qualités, et conséquemment la rédaction du jugement, celle des parties qui aurait à se plaindre que le juge aurait ordonné des additions ou des changements quelconques aux qualités, ne doit en éprouver aucun préjudice sous l'appel du jugement qu'elle interjetterait au fond; et, en effet, cette partie serait toujours à portée de justifier, en plaidant sous l'appel, que ces additions ou changements ont été faits malgré elle. (*V.* le t. 1, p. 282, du Commentaire inséré aux *Annales du Notariat.*)

[[L'opposition, quel qu'en soit le résultat, veille toujours en faveur de la partie qui la fait; car on ne pourra lui opposer, sur l'appel, qu'elle a consenti à l'insertion de tel ou tel fait dans les qualités, si c'est malgré elle qu'il a été inséré; en demandant la réformation du jugement sur le fond, elle pourra réclamer aussi contre les griefs que lui portent les énonciations inexactes des qualités.

Cette doctrine est enseignée par MM. FAVARD DE LANGLADE, t. 3, p. 181, n° 5; DALLOZ, t. 9, p. 619, n° 13; THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 272, et BONCENNE, t. 2, p. 437.

Un arrêt de la Cour d'Agen du 3 juillet 1830 (*J. Av.*, t. 46, p. 179), l'a consacrée.

La Cour d'Orléans, le 28 décembre 1831 (*J. Av.*, t. 42, p. 297), a aussi proclamé ce principe, et jugé en même temps que, non susceptible d'appel, l'ordonnance portant règlement des qualités, ne l'est pas non plus d'opposition devant le tribunal, ce qui est hors de toute contestation; car l'opposition n'est ouverte que contre une décision rendue par défaut, et doit être portée d'ailleurs devant l'autorité même d'où émane cette décision. (*V.* notre *Quest.* 378.)

Nous avions combattu l'arrêt de la Cour d'Orléans, non pas en ce qu'il déclarait irrecevables l'appel et l'opposition contre l'ordonnance du président, mais en ce qu'il semblait accorder à ce magistrat le droit de ne pas statuer sur l'opposition aux qualités, et d'empêcher ainsi l'expédition du jugement, sous prétexte qu'elle augmenterait inutilement les frais. La Cour de cassation, tout en reconnaissant qu'il y aurait, dans cette manière d'agir, excès de pouvoir et déni de justice, tout juge devant vider une contestation qui lui est soumise, et toute partie ayant le droit de prendre expédition du jugement qui l'intéresse, a néanmoins rejeté, par des considérations de fait, le pourvoi dirigé contre l'arrêt d'Orléans, 17 mars 1835 (*J. Av.*, t. 49, p. 669); mais la Cour suprême s'est bornée à déclarer qu'aucune loi n'avait été violée à raison des circonstances, elle ne s'est point prononcée sur la difficulté qui fait l'objet de la question actuelle.

La Cour de Rennes, le 19 novembre 1836 (*J. Av.*, t. 53, p. 687), lui a implicitement appliqué notre solution, puisqu'elle n'a admis l'appel contre l'ordonnance du président qu'à raison de ce que cette ordonnance ne s'était pas bornée à régler les qualités, mais avait encore décidé auquel des deux avoués devait appartenir la poursuite.]]

604. *Le jugement, une fois prononcé à l'audience, est-il acquis aux parties, de manière qu'il ne soit permis au juge d'y rien changer ?*

L'affirmative de cette question est sans difficulté, mais il ne faut pas en con-

clure que le juge ne puisse, lors de la rédaction faite par lui ou par le greffier, réparer l'omission qui serait échappée en prononçant le jugement, s'il ne s'agissait que d'ajouter une disposition explicative, et qui ne serait que la conséquence nécessaire de ce qui a été ordonné.

Il peut (dit Rodier sur l'art. 5, tit. 26 de l'ordonnance), augmenter et étendre en ce qui est une suite nécessaire du prononcé.

Si, en ordonnant une expertise, le juge a oublié de nommer le commissaire devant lequel les experts prêteraient serment; si, en prononçant un jugement par défaut, il a omis de commettre un huissier pour le notifier; dans ces cas et autres pareils, ajouter au jugement ce qui y manque n'est pas le changer ou l'altérer, mais suppléer des dispositions qui sont la suite nécessaire de ce qui a été prononcé entre parties.

« *Post pronunciationem ejus (sententiæ) judex etiam supplere potest..... reliqua* « *omnia quæ ad consequentiam quidem jam statutorum pertinent, sed priori sen-* « *tentiæ desunt.* » (Voët., ad titulum *de re jud.*, n° 27.)

A plus forte raison, aujourd'hui que les jugements doivent être motivés, est-il permis au juge de rectifier ceux qu'il aurait énoncés à l'audience, d'y ajouter ou retrancher, ces motifs ne constituant pas, à proprement parler, le jugement, qui est dans le *dispositif*.

C'est ainsi qu'il a été jugé par la Cour de cassation, le 25 avril 1812, que la défense faite aux tribunaux de modifier et de changer leurs jugements n'empêche pas qu'ils ne puissent rectifier les erreurs commises, soit dans les qualités, soit dans la date des actes du procès. (*S.*, t. 13, 1re part., p. 230, et *J. Av.*, t. 15, p. 99.)

Toutefois, les additions ou rectifications dont on vient de parler doivent être faites avant la signature de la minute; la minute une fois signée par le président et le greffier, il n'est plus permis d'y toucher sous prétexte de la rectifier.

« Après que le *dictum* a été *dressé* et *signé*, dit Rodier, sur l'art. 8, tit. 26 « de l'ordonnance, *Quest.* 2e, on ne peut y rien changer ni corriger, quand « ce ne serait que par erreur qu'il s'y serait glissé quelque faute ou quelque « incongruité. »

Les plus graves abus pourraient résulter de la violation de ce principe.

Les changements ou additions permis après le prononcé du jugement, mais avant la rédaction définitivement arrêtée sur la feuille d'audience, sont donc ceux qui ne portent aucune atteinte au fond de la décision, et qui n'ajoutent ni ne retranchent rien aux droits que les parties ont acquis par le prononcé (1).

---

(1) Mais il est bon de signaler une erreur grave dans laquelle Rodier nous paraît être tombé, sur l'art. 5, 2e *Quest.* Après avoir remarqué que le juge peut corriger la rédaction du greffier, retrancher ce qui serait inutile ou ambigu, augmenter et étendre en ce qui est *une suite nécessaire du prononcé*, ce qui est vrai aujourd'hui comme sous l'empire de l'ordonnance (*V.* l'art. 36 du règlement du 30 mars 1808, où il est dit : Celui qui aura présidé vérifiera la feuille d'audience, etc.), il ajoute : « Et, ce qui est bien plus, *il peut totalement changer le prononcé*, s'il reconnaît qu'il s'était trompé, pourvu qu'il le fasse le même jour et avant de signer le plumitif; jusqu'à cette signature, *on ne peut pas dire qu'il y ait de jugement.* » A la vérité, il ne donne cette faculté qu'au juge qui a tenu seul l'audience; mais son principe, qu'il n'y a de jugement *qu'après la signature*, est faux dans tous les cas.

Le jugement existe dès qu'il a été prononcé; la rédaction et la signature qui ont lieu ensuite ont seulement pour objet de prouver quand et comment il a été rendu.

C'est la prononciation du juge qui est le jugement; il a sa perfection aussitôt qu'il a été prononcé contradictoirement; le juge ne peut plus le réformer après que l'audience est levée. (*V.* POTHIER, *Procéd. civ.*, ch. 5, art. 2; *Anc. Répert.*, vo *Jugement*, § 14.)

Donner le droit à un juge, sous prétexte

(*V.* M. TOULLIER, t. 10, p. 189, n° 128; *V.* aussi Jousse et Rodier, dans leurs observations sur les art. 5 et 8 du tit. 26 de l'ordonnance.) Plusieurs de ces observations peuvent encore servir de commentaire à l'art. 138 du Code de procédure.

[[Les principes professés par M. Carré sur cette question et sur la suivante, qui tiennent plus, l'une et l'autre, à la compétence qu'à la procédure, sont des principes incontestables, quoiqu'ils ne reposent sur aucun texte de nos lois actuelles; ils sont, dit M. TOULLIER, t. 10, p. 189, naturalisés en France. On peut voir, dans notre *Dictionnaire général*, v° *Jugement*, nos 540 à 579, l'application que la jurisprudence en a faite à d'assez nombreuses espèces. M. CARRÉ les développe dans ses *Lois de la Compétence*, 2e part., liv. 1er, tit. 1er, ch. 1er, art. 15, *Quest.* 48 à 55, édit. in-8°, t. 1, p. 296 à 322.]] **Supp. alph.**, v° *Jugement*, n. 63 et 64.

605. *Mais résultera-t-il de la décision ci-dessus que le juge ne puisse interpréter son jugement?*

Nous lisons, dans deux arrêts de la Cour de Rennes des 29 janv. et 16 juill. 1814 (*J. Av.*, t. 15, p. 111), que, si les tribunaux ne peuvent changer les dispositions de leurs jugements, ils ont du moins la faculté de les interpréter en déclarant et expliquant le véritable sens qu'ils ont voulu y attacher; qu'ils peuvent, par exemple, indiquer par qui des frais d'enregistrement doivent être supportés

Déjà un arrêt de la Cour de cassation du 12 mars 1810, rapporté au *Journal des Avoués*, 1re édit., t. 1, p. 80, avait décidé que de simples corrections d'omissions de forme ou d'erreurs de fait, reconnues par les parties, étaient autorisées *lorsqu'elles ne changeaient rien au dispositif* (1), et qu'en cette cir-

---

d'une erreur découverte après coup, de *changer totalement* le prononcé de son jugement, c'est oublier les règles les plus certaines.

Rodier met pour condition à cette singulière faculté qu'elle soit exercée *le même jour*; ce qu'il paraît avoir tiré par argument de la loi 42 au ff., *de re judicatâ*. Mais il a mal saisi le sens de cette loi, qui n'accorde au juge le pouvoir de suppléer le même jour, *eodem die*, que les choses *quæ ad consequentiam quidem jam statutorum pertinent, priori tamen sententiæ desunt*; loi qui d'ailleurs n'est pas précisément applicable au cas dont il s'agit.

Il faut dire, avec Voët (*loc. cit.*), que l'effet d'une sentence rendue dans les formes prescrites par la loi, est que le juge qui l'a prononcée ne peut la révoquer ni la changer, *même dans le jour*, parce qu'il a cessé d'être juge. « *Sententiæ.... latæ effectus est quod* « *per judicem qui eam tulit, revocari vel* « *mutari non possit, ac ne eodem quidem* « *die, quia judex esse desiit.* » (V. *leg.* 55, ff., *de re jud.*)

« *Cùm quærebat judex, si* perperam judi- « câsset, *an posset* eodem die iterùm judi- « care, *respondit* non posse. » (V. *leg.* 62, ff., *ibid.*)

L'opinion de Rodier tendrait à permettre au juge de rendre un autre jugement dans la même affaire, *iterùm judicare*; ce qui est contraire à tous les principes.

Il est bien clair, au reste, que les textes qu'on vient de citer ne s'opposent pas à la distinction qu'on a faite ci-dessus, relativement aux additions ou changements que n'altèrent en rien *la substance* du jugement.

C'est ce que fait entendre la loi 55 (titre cité du Dig.), qui, après avoir posé le principe *judex posteà quàm sententiam dixit, etc.*, s'explique de la manière suivante, et en détermine le véritable sens et l'application : « *Et hoc jàm utimur ut judex qui semel* « *vel pluris vel minoris condemnavit, am-* « *pliùs corrigere sententiam suam non pos-* « *sit, semel enim malè seu benè officî* « *functus est.* »

La ressource est l'appel quand le jugement en est susceptible. (*V.* art. 32, tit. 11 de l'ordonn. de 1667, et art. 14, tit. 32 de l'ordonn. de 1669, avec le *Comm. de Gallon*, sur ces mots dudit article : Ou les modérer ou changer après le jugement.)

[*V.* notre observation au texte.]

(1) Remarquons cette condition de *ne rien changer au dispositif*; car autrement les jugements ne peuvent être réformés ni régularisés sous forme d'interprétation. (Paris

constance, le jugement de rectification était considéré comme ne faisant qu'un seul jugement avec celui qu'il rectifie.

[[*Voir* notre observation sur la question précédente.]] **Supp. alph.**, v° *Jugement*, n. 66 et suiv.

ART. 146. Les expéditions des jugements seront intitulées (1) et terminées au nom du roi, conformément à l'art. 48 de la Charte constitutionnelle (2).

[Notre Comm. du Tarif, t. 1, p. 222 et 223, n°s 99 à à 106, art. 1317 et suiv.]—Code de pr., art. 183, 433, 545 et suiv.—Code d'inst. crim., art. 521, 522.—[Notre Dict. gén. de pr., v° *Exécution*, n°s 30, à 49; *Signification*, n° 78. — Locré, t. 21, p. 428, n° 81. — QUESTIONS TRAITÉES : Toute expédition d'un jugement doit-elle être intitulée et terminée comme l'exige l'art. 146? *Q.* 606. — Les grosses et expéditions délivrées par le greffier dépositaire de la minute, sont-elles seules authentiques? Quel moyen y aurait-il de rétablir une minute égarée? *Q.* 606 *bis.*]

CVII. Dans tous les temps, le pouvoir judiciaire s'est exercé au nom du roi, les jugements on été intitulés de son nom, les mandements de justice exécutés en son nom. Ainsi, l'art. 48 de la Charte constitutionnelle, et la disposition ci-dessus, n'ont fait que consacrer un principe de l'ancienne monarchie française, d'ailleurs conforme aux saines doctrines du droit politique. Le prince a la plénitude du *pouvoir exécutif;* la justice doit donc se rendre en son nom, puisque les décisions judiciaires ne sont que l'*exécution de la loi.* D'où suit encore que ce n'est qu'au nom du Roi, dont la puissance est la garantie de la sûreté des personnes et des propriétés, que l'on peut user contre le condamné des voies de contrainte qui ont pour objet l'exécution de ces jugements. (*V.* notre *Traité d'organ. et de compét.*, liv. 1er, tit. 1er.) Voilà pourquoi tous les actes qui sont de nature à emporter exécution forcée, tels que les jugements et les obligations consenties devant notaires, doivent être mis en forme exécutoire, c'est-à-dire insérés dans une formule qui donne à connaître que c'est le Roi lui-même qui promulgue le titre et en ordonne l'exécution (3). **Supp.**, p. 475.

---

13 février, et Cass., 24 avril 1807, et 30 messidor an XI, *S.*, t. 7, 2e part., p. 690 et 240; t. 3, 2e part., p. 347, et *J. Av.*, t. 15, p. 70.) Les juges ne pourraient pas même, sous cette forme, déclarer qu'il a été jugé *quant à présent* ce qui aurait été décidé sans restriction. (Cass., 28 brumaire an VIII, *S.*, t. 1, p. 264, et *J. Av.*, t. 15, p. 33.) C'est ainsi que s'entend la grande maxime, *le juge ne peut se réformer lui-même.* Mais nous verrons, sur l'art. 452, que cette maxime n'est pas généralement et sans distinction applicable aux jugements interlocutoires, suivant cet autre adage, *l'interlocutoire ne lie pas le juge.* [*V.* notre observation au texte.

(1) A peine de nullité (Cass., 16 juin 1811).

(2) [Le texte primitif de l'art. 146 portait : « Les expéditions des jugements seront intitulées et terminées ainsi qu'il a été prescrit par l'acte des constitutions de l'empire du 28 floréal an XII. » Le nouvel ordre politique établi en 1814 fit introduire le texte actuel, qui n'est plus en harmonie avec la constitution, puisque la charte de 1830 a donné à l'art. 57 de l'ancienne Charte, le n° 48. *V.* au surplus, sur la formule exécutoire, les questions traitées sous l'art. 545.]

(3) Cette formule est ainsi conçue :

LOUIS-PHILIPPE Ier, roi des Français, à tous présents et à venir, salut.

Le tribunal civil séant à.... (ou la Cour royale séant à....), a rendu le jugement (ou l'arrêt) suivant.

Ici l'insertion du jugement.

Mandement qui termine la formule : MANDONS et ORDONNONS à tous huissiers, sur ce requis, de mettre le présent jugement (ou arrêt) à exécution ; à nos procureurs généraux et à nos procureurs près les tribunaux de première instance d'y tenir la main; à tous commandants et officiers de la force publique, d'y prêter main-forte lorsqu'ils en seront légalement requis.

En foi de quoi ledit jugement (ou arrêt) a été signé par le président du tribunal (ou de la Cour) et par le greffier. (Ordonn. du 16 août 1830.)

NOTA. Il est peut-être superflu de faire observer que l'expédition d'un jugement ne fait foi qu'autant qu'elle est signée d'un greffier ou d'un commis-greffier assermenté.

606. TOUTE EXPÉDITION *d'un jugement doit-elle être intitulée et terminée comme l'exige l'art.* 146?

M. PIGEAU, fait observer, t. 1, p. 527, qu'il faut distinguer entre l'expédition d'un jugement revêtue de la formule exécutoire prescrite, et les expéditions, simples copies et extraits de jugements que le greffier pourrait délivrer, en conformité de l'art. 853 du Code de procédure, sans intitulé ni mandement au nom du roi.

Les premières, dit cet auteur, forment la *grosse* du jugement, et ne peuvent être délivrées qu'à la partie qui a obtenu gain de cause, parce qu'elle seule ayant intérêt à faire exécuter le jugement, c'est à elle seule qu'est acquis le droit de lever la grosse.

Ici M. Pigeau donne des regles suivant lesquelles on pourrait distinguer à qui la grosse devra être délivrée, dans les cas où il paraîtrait incertain, d'après le dispositif du jugement, à laquelle des parties appartiendrait ce droit de lever la grosse.

M. DEMIAU-CROUZILHAC, t. 1, p. 125, paraît penser comme M. Pigeau.

Nous croyons aussi que, d'après les art. 853 et 854 du Code de procédure, l'on doit faire une distinction entre les grosses ou expéditions revêtues de la formule exécutoire, et qui ne peuvent être délivrées plus d'une fois par le greffier à la même partie, sans ordonnance du président (art. 854), et les expéditions simples qu'il est tenu de délivrer à tout requérant. (*V.* art. 853.)

Vainement, dans notre opinion, dirait-on que l'art. 853 ne doit s'entendre que des registres dont un greffier serait dépositaire, par exemple, des registres de l'état civil. (V. *Code civ.*, art. 45), et non des expéditions des jugements dont la minute n'est point inscrite sur des registres; qu'ainsi l'on doit s'en tenir aux expressions de l'art. 146, qui ne fait aucune distinction entre les grosses et les expéditions simples; vainement en conclurait-on que toute expédition de jugement ne peut être délivrée que sous la formule exécutoire, et que nul autre qu'une partie intéressée ne peut s'en procurer, soit une expédition revêtue de cette formule, soit une expédition simple; vainement encore voudrait-on s'appuyer, pour soutenir cette opinion, des dispositions de la loi du 25 ventôse an XI, sur les grosses ou expéditions des actes notariés.

Nous répondrons que l'art. 853 du Code de procédure, quel que puisse être d'ailleurs le vice de sa rédaction, n'a fait que consacrer un usage généralement suivi avant et depuis la publication de ce Code; usage attesté par Jousse, dans son *Traité* de l'administration de la justice civile. (*Voy.* t. 2. p. 292, nº 4.)

« Toutes personnes, dit ce savant jurisconsulte, peuvent lever des expé-
« ditions des sentences, tant de celles rendues à l'audience, que de celles en
« procès par écrit, et il n'est pas nécessaire pour cela d'être intéressé dans la
« sentence rendue, parce que les sentences sont des actes publics; à la dif-
« férence des actes reçus par notaires, qui, étant secrets, ne peuvent être le-
« vés que par les parties. »

Voilà, selon nous, ce que le législateur a exprimé dans l'art. 853. Ce sont les expéditions qu'il prescrit au greffier de délivrer à tous requérants, qui sont appelées expéditions simples, parce qu'elles ne sont pas revêtues de la formule exécutoire, comme le sont les *expéditions* que lèverait une partie intéressée, et que l'art. 854 appelle *expéditions exécutoires*, pour les distinguer des premières.

Mais, en admettant cette distinction, nous ne supposerons pas, comme M. Pigeau, que l'on ne doive délivrer qu'une seule grosse, ou, ce qui est la même chose, une seule *expédition exécutoire*, et ne la délivrer qu'à la partie

qui a obtenu gain de cause; que conséquemment, dans les cas où il s'élèverait quelque doute sur le point de savoir à quelle partie, d'après cette considération du gain du procès, la grosse devrait appartenir, le greffier ne devra la remettre qu'à celle qui a interêt principal, etc., etc. Nous n'admettrons point encore que celui qui aura levé la grosse, parce qu'il aura été jugé avoir le plus d'intérêt à l'exécution, sera tenu de la remettre ensuite à celui qui aurait un moindre intérêt à cette exécution.

Nous croyons, au contraire, mais nous soumettons cette opinion à nos lecteurs avec la défiance que nous inspire celle d'un jurisconsulte justement estimé, nous croyons que toute personne qui a été partie au procès a droit d'en lever une grosse.

On opposera peut-être que les art. 7 et 8 du décret du 16 fév. 1807 n'accordent du moins ce droit à la partie qui a succombé, qu'autant qu'elle justifie avoir sommé son adversaire de lever lui-même la grosse. Mais ces deux articles ne nous paraissent avoir d'autre objet que le règlement des qualités (*V.* 598e *Question*) et la taxation des frais, et supposer même que le perdant, lorsque les qualités sont réglées ou les frais taxés, peut lever une grosse comme partie intéressée.

[[Cette opinion, qui est aussi la nôtre, est adoptée par MM. FAVARD DE LANGLADE, t. 3, p. 181, n° 7; THOMINE DESMAZURES. t. 1, 273 et 274, et BOITARD, t. 1, p. 449 et 450.]] **Supp. alph.**, v° *Jugem.*, n. 435 et suiv.

[[**606** bis. *Les grosses et expéditions délivrées par le greffier dépositaire de la minute sont-elles authentiques? Quel moyen y aurait-il de rétablir la minute égarée?*

M. PIGEAU, qui se propose ces deux questions, *Comm.*, t. 1, p. 334 et 337, résout la première par le développement des diverses dispositions de l'art. 1335 du Code civil, relatif à l'authenticité des copies, suivant les circonstances qu'il distingue.

M. Pigeau ajoute, avec raison, que les copies signifiées par l'huissier, sur la grosse, font foi comme la grosse elle-même, parce qu'il a caractère pour faire cette signification, et qu'il atteste par là qu'il a entre les mains la grosse qui représente la minute.

Quant à la seconde question, M. Pigeau la résout par des analogies tirées des art. 521 et 522 du Code d'instruction criminelle, et de l'art. 1336 du Code civil.]]

ART. 147. S'il y a avoué en cause, le jugement ne pourra être exécuté qu'après avoir été signifié à avoué, à peine de nullité : les jugements provisoires et définitifs qui prononceront des condamnations, seront en outre signifiés à la partie, à personne ou domicile, et il sera fait mention de la signification à l'avoué.

Tarif, 29. — [Notre Comm. du Tarif, t. 1. p. 223 et 224, n°s 107 à 112]—Ordonn. de 1667, tit. 27, art. 2 et 9.—Règlement du conseil, du 28 juin 1738. — Code de proc., art. 155, 157, 443, 548, 763 1029. — [Notre Dict. gén. de Proc., vis *Appel*, n° 472; *Enquête*, n° 45; *Exécution*, n° 126; *Saisie-immobilière*, n° 578; *Signification*, n°s 1 à 6, 9, 10, 13, 14, 22, 24, 25, 26, 28, 30, 31, 39, 61 à 65 *bis*, 71, 78, 79. — QUESTIONS TRAITÉES: Est-il des cas où un jugement préparatoire ou interlocutoire devrait-être signifié non-seulement à l'avoué mais encore à la partie? *Q.* 607.—Est-il des jugements qui n'aient besoin, avant d'être exécutés, d'aucune signification préalable? *Q.* 607 *bis*.—Lorsque le jugement est provisoire ou définitif, et qu'il y a lieu, par conséquent, de le signifier à partie, cette signification peut-elle être valablement faite à domicile élu? *Q.* 608.— Quelles sont les conséquences de défaut de signification absolue du jugement à avoué, ou seulement du défaut de signification préalable? *Q.* 608 *bis*. — Un arrêt serait-il sujet à cassation, s'il ordonnait, dans une de ses dispositions, qu'il pourra être exécuté sur copie signifiée seulement à avoué? *Q.* 608 *ter*. — Si l'exécution d'un jugement ne devait avoir lieu que d'une manière indirecte contre la partie qui aurait succombé, de-

vrait-on le lui signifier préalablement? *Q.* 609.—La signification préalable d'un jugement à l'avoué de la partie qui a succombé est-elle nécessaire, lorsqu'il n'est question que de faire courir le délai d'appel, et non de faire exécuter le jugement? *Q.* 610. — Lorsqu'un jugement prononce la nullité de *certaines poursuites*, et qu'il ordonne simplement de les recommencer, son exécution peut-elle avoir lieu sans qu'il soit nécessaire de le signifier à la partie en faveur de laquelle il a été rendu, et qui par conséquent a gagné sa cause? *Q.* 611.—Un exécutoire de dépens, ne peut-il être mis à exécution qu'après la double signification de l'art. 147? *Q.* 611 *bis*. — Quelle est la forme de la signification d'un jugement à avoué? *Q.* 612.] (1) V. *infrà*, p. 745, Q 606 *ter*, p. 750, Q. 608 *ter*.

CVIII. Pour être autorisé à poursuivre l'exécution d'un jugement, ce n'est pas assez d'en avoir levé une expédition en forme, il faut encore faire préalablement signifier cette expédition, à peine de nullité des poursuites. Cette

---

(1) **JURISPRUDENCE.**

[Nous pensons que :

1° Le jugement qui en annule un précédemment rendu, et accorde à une des parties un délai pour donner les moyens de défense au fond, doit être signifié à personne ou domicile; Turin, 16 ventôse an XII (*J. Av.* t. 21, p. 239).

2° La signification d'un arrêt d'admission doit être faite à chacun des héritiers, à personne ou à domicile. La sommation faite à celui qui reçoit une signification d'avertir les autres ne suffit pas; Cass., 23 fructidor an XII (*J. Av.* t. 13, p. 76).

3° Lorsque la partie que l'arrêt d'admission permet de citer est décédée pendant l'instruction du pourvoi, la signification ne peut être faite à son domicile, alors même que le décès n'a pas été notifié au demandeur mais au domicile de ses héritiers; Cass., 14 nivôse an XI, 2 février 1813 (*J. Av.*, t. 6. p. 425).

4° La signification d'un arrêt d'admission obtenu par la régie doit, à peine de nullité, être faite à la personne ou au domicile de celui au profit duquel le jugement attaqué a été rendu, encore bien que celui-ci fût mineur lors des premières poursuites, et n'eût atteint sa majorité que depuis le pourvoi; Cass., 27 mai 1834 (*J. Av.* t. 47, p. 597).

5° La signification d'un arrêt à exécuter dans un délai déterminé doit être faite à domicile et non par acte d'avoué à avoué; Colmar, 6 juin 1807 (*J. Av.*, t. 12, p. 550).

5° La huitaine, dans laquelle un acquéreur est tenu par un jugement de délaisser l'immeuble à lui vendu, ne court point si, avant de lui être signifié, ce jugement n'a pas été signifié à son avoué; Bordeaux, 30 novembre 1831 (*J. Av.*, t. 43, p. 530).

7° Quoique l'arrêt qui déclare un appel non recevable n'ait été signifié qu'à avoué, le jugement de première instance peut être mis à exécution; Turin, 1er février 1811 (*J. Av.*, t. 16, p. 555); il faudrait le signifier à partie, si l'on voulait faire courir les délais du pourvoi en cassation.

8° L'art. 147 du Code de procédure civile, qui veut qu'aucun jugement ne soit exécuté avant d'avoir été signifié, ne s'applique pas au cas où la partie condamnée a appelé du jugement, et a succombé par un arrêt qui lui a été signifié. Cass., 14 février 1828 (*D.*, 1828-1-131).

9° Est nulle la notification d'un jugement faite seulement à un père comme tuteur légal de ses enfants, lorsqu'il n'a pas été nommé de subrogé tuteur. Rennes, 27 janvier 1817 (*J. Av.*, t. 21, p. 276).

10° Lorsque plusieurs parties ont figuré individuellement dans un jugement ou dans un arrêt, elles ne peuvent s'opposer à ce que ce jugement ou cet arrêt soit signifié individuellement à chacune d'elles à son domicile. Paris, 29 juin 1813 (*J. Av.*, t. 21, p. 268). —A moins qu'elles ne comptent exécuter purement et simplement le jugement ou l'arrêt qu'on est prêt à leur signifier.

11° On ne peut exécuter le jugement qui nomme un nouveau commissaire à une enquête, avant de l'avoir signifié. Colmar, 29 août 1833 (*Journ.* de cette Cour, 1833, p. 226).

12° Pour signifier régulièrement un jugement et faire courir les délais de l'appel, il faut que la signification contienne copie de la formule exécutoire qui le termine. Besançon, 12 février 1810 (*J. Av.*, t. 13, p. 144). — Mais il n'en est pas de même de la signification à avoué, qui peut ne contenir que les premiers mots de la formule, suivis d'un *etc.* Rennes, 12 décembre 1807 (*J. Av.*, t. 21, p. 277).

13° La signification à partie d'un jugement, faite seulement par extrait, est nulle, et ne peut faire courir les délais. Orléans, 14 février 1815 (*J. Av.*, t. 21, p. 272).

14° La signification d'un jugement, faite par une partie à son adversaire, ne profite pas aux consorts de cette partie. Metz, 15 février 1812 (*J. Av.*, t. 21, p. 265). Il y a certaines exceptions à cette règle générale. *V.* les *Quest.* 1559 et 1565).

règle est générale et n'admet que les exceptions littéralement posées par la loi : telle est celle qu'on trouve en l'art. 94.

Mais, pour savoir à qui doivent être signifiés les jugements qu'on veut exécuter, il faut distinguer ceux qui n'ordonnent qu'un moyen d'instruction, soit préparatoire, soit même interlocutoire, de ceux qui prononcent une condamnation provisoire ou définitive.

Il suffit, *en général*, pour l'exécution des premiers, qu'ils soient signifiés d'avoué à avoué. Quant aux autres, la signification doit en être faite d'abord à l'avoué de la partie condamnée, ensuite à cette partie elle-même. Le motif de cette double signification est facile à saisir : on a voulu prévenir les surprises, et mettre l'avoué de la partie condamnée dans le cas de l'instruire à temps de ce qui se prépare, et de la conduite qu'elle doit tenir à l'égard du poursuivant. **Supp. alph.**, v° *Jugem.*, n. 143.

Supp., p. 176. *Nécessité et formalités de la signification du jugement.* Q. 606 *ter.*

607. *Est-il des cas où un jugement préparatoire ou interlocutoire devrait être signifié non-seulement à l'avoué mais encore à la partie?*

Il résulte évidemment des termes de l'art. 147 que, toutes les fois qu'un jugement contradictoire n'a pas prononcé sur un provisoire, ou définitivement sur le fond de la contestation, ce jugement ne doit être signifié qu'à avoué.

Ainsi, les jugements préparatoires ou interlocutoires ne doivent être signifiés à partie qu'autant qu'il n'y a pas d'avoués en cause.

Cependant, M. PIGEAU, *Proc. civ.*, liv. 2, part. 3e, tit. 8, art. 1er, n° 3, fait, à l'égard des jugements interlocutoires, une distinction d'après laquelle on devrait signifier à la partie ceux de ces jugements dont l'exécution la regarderait directement, en ce qu'ils ordonneraient quelque chose qui exigerait un fait personnel de sa part; par exemple, une comparution.

Nous étendrons cette distinction aux jugements préparatoires qui contiendraient de pareilles dispositions.

Ainsi, nous dirons que tout jugement, soit qu'on le considère comme préparatoire, soit qu'on l'envisage comme interlocutoire, qui ordonnerait, par exemple, une comparution à l'audience, une prestation de serment, une enquête, doit être signifié à la partie, soit à son domicile réel, soit, si la loi l'ordonne, comme elle l'a fait en l'art. 261, au domicile de son avoué (1).

[[Cette opinion est, avec raison, partagée par MM. FAVARD DE LANGLADE, t. 3, p. 182, n° 8; DALLOZ, t. 9, p. 642, n° 6, et BONCENNE, t. 2, p. 466. (*V.* nos observations sur les *Quest.* 502 et 506.)]] **Supp. alph.**, v° *Jugement*, n. 167 et 168.

[[**607** bis. *Est-il des jugements qui n'ont besoin, avant d'être exécutés, d'aucune signification préalable?*

Il en est, comme le font remarquer MM. THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 374, BOITARD, , p. 454, que la loi en dispense formellement; par exemple, le jugement qui met une cause en délibéré (art. 94).

Nous sommes porté à croire que les jugements qui ne contiennent que des mesures d'ordre intérieur, pour régler l'audience et la plaidoirie des causes, qui rejettent un sursis, ordonnent de plaider au fond, etc., peuvent être exécutés sans avoir été préalablement signifiés.

---

(1) Nous avons donné les raisons de cette opinion sur les *Quest.* 502 et 506, et nous examinerons, sur l'art. 452, quels sont ceux des jugements dont nous venons de parler qui doivent être réputés interlocutoires ou seulement préparatoires.

En effet, comme nous le disons sous la *Quest.* 735, t. 2, p. 199, à la note, les délais mis à l'exécution d'un jugement par les art. 147 et 450 du Code de procédure civile ne concernent d'autres personnes que les parties elles-mêmes qui, après l'avoir obtenu, voudraient se livrer à une exécution précipitée, et dommageable pour l'adversaire. Lorsque c'est l'autorité qui a rendu le jugement qui en ordonne elle-même l'exécution immédiate, et qui l'ordonne dans le but d'accélérer le cours régulier de la justice, il n'est pas permis de prétendre qu'elle viole des dispositions que le législateur n'a point insérées pour elle, mais seulement pour prévenir les pernicieux effets de l'imprudente précipitation des parties.

Si donc les avoués sont présents à la prononciation du jugement qui a ainsi statué sur une mesure d'ordre, ils doivent l'exécuter sans signification; c'est ce qui a lieu dans la pratique, et ce que confirment les arrêts des Cours de Bruxelles, 10 juin 1833 (*Journ.* de cette Cour, t. 2 de 1833, p. 398), 29 fév. 1836 (même *Journ.*, t. 2 de 1836, p. 81), et de Poitiers, 6 avril 1837 (*J. Av.*, t. 53, p. 475). Deux arrêts, l'un de la Cour de cassation du 29 janvier 1827 (*J. Av.*, t. 32, p. 186), l'autre de la Cour de Bordeaux du 11 septembre 1827 (*J. Av.*, t. 34, p. 32), ont décidé qu'il en devait être de même à l'égard d'un jugement qui fixe un nouveau jour pour une adjudication définitive. Cependant la Cour de Rennes a rendu, le 13 juillet 1833 (*Journ.* de cette Cour, t. 1, p. 377), une décision contraire, dans le cas d'un jugement qui avait rejeté une demande en sursis. La Cour de cassation a jugé, avec raison, le 25 février 1834 (*J. Av.*, t. 46, p. 107), que la signification à partie d'un jugement nommant des experts et ordonnant une licitation *du consentement de tous les intéressés* était frustratoire.

M. THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 275, indique aussi, comme dispensés de toute signification préalable à l'exécution, les jugements qui ordonnent une mesure conservatoire, par exemple l'inscription d'une hypothèque; mais M. PIGEAU, *Proc. civ.*, liv. II, part. 3, tit. 8, art. 2, et *Comm.*, t. 1, p. 338, combat vivement cette opinion, en disant que l'inscription de l'hypothèque est un acte d'exécution.

Il nous semble, au contraire, que c'est là un acte purement conservatoire, puisqu'il ne dépouille le débiteur d'aucun de ses biens, puisqu'il n'a pas pour effet de libérer en tout ou en partie, puisqu'enfin la partie qui prend inscription ne fait point par là un seul pas vers le remboursement de sa créance. Elle se borne à en assurer plus tard l'exécution, mais elle ne la commence pas. C'est ainsi que l ont jugé la Cour de Riom, le 6 mai 1809 (*J. P.*, 3e édit., t. 7, p. 545), et les nombreux arrêts cités au même endroit à la note; on les trouvera aussi au *J. Av.*, t. 15, p. 70. (*V.* nos *Q.* 608 *bis*, 611.)]] **Supp.**, p. 478.

608. *Lorsque le jugement est provisoire et définitif, et qu'il y a lieu, par conséquent, de le signifier à partie, cette signification peut-elle être valablement faite à domicile élu ?*

Cette question est d'autant plus difficile à décider, disent les auteurs du Commentaire inséré aux *Annales du notariat*, qu'il existe trois arrêts qui ont jugé que la signification d'un jugement à un domicile élu ne remplissait pas le vœu de la loi, et que l'opinion contraire a été consacrée par un autre arrêt.

Les arrêts qui ont jugé que la signification d'un jugement faite au domicile élu n'est pas valable, ont été rendus par la Cour de Turin, le 29 nov. 1809; par celle d'Agen, le 6 février 1810; et enfin, par celle de Trèves, le 26 du même mois (*J. Av.*, t. 13, p. 139, et t. 15, p. 335).

Ces trois arrêts ont tous jugé la question dans l'espèce d'un domicile élu par le tireur ou l'accepteur d'une lettre de change.

L'arrêt qui a déclaré valable la signification faite au domicile élu, a été rendu dans la même espèce, et aussi par la 1re chambre de la Cour de Turin, le 8 janv. 1810 (*J. Av.*, t. 13, p. 139).

Après avoir exposé les motifs de ces quatre arrêts, les auteurs du Commentaire inséré aux *Annales du Notariat*, estiment que quand il y a eu une élection de domicile dans un effet de commerce, et que le jugement a été obtenu, on doit le signifier au domicile réel de la partie contre laquelle il a été rendu.

Nous appuierons cette opinion, et en la généralisant, de celle du ministre de la justice, dans une décision rendue de concert avec celui des finances, les 21 juin et 5 juillet 1810.

Il s'exprime ainsi, sur la question de savoir si c'est au domicile *réel*, et non au domicile *élu* des créanciers inscrits, qu'il faut signifier les jugements qui ordonnent la radiation des hypothèques :

« Il semble que toutes les fois qu'il s'agit de l'exécution d'un jugement dé-
« finitif, la signification doit être faite au domicile de la partie condamnée.

« L'art. 147 du Code de procédure le dit en termes exprès. Cet article porte
« que le jugement ne pourra être exécuté qu'après avoir été signifié à avoué,
« à peine de nullité, et que les jugements provisoires et définitifs qui pro-
« nonceront des condamnations, seront, en outre, signifiés à la partie, *à per-*
« *sonne ou domicile.*

« Voilà bien le domicile de la partie clairement distingué du domicile *élu*
« chez son avoué, et la nécessité de signifier à ce domicile *réel*, lorsqu'il s'agit
« d'exécuter des jugements, établie d'une manière incontestable. »

Appliquant cette remarque à la question qu'il se proposait de décider, le ministre de la justice, considérant d'ailleurs que l'art. 147 dispose en *termes généraux pour tous les jugements portant condamnation*, décide que c'est au domicile réel que le jugement qui ordonne la radiation des hypothèques doit être signifié. (*V.* nos *Questions* sur l'art. 548.)

Il ajoute ensuite : « Cette opinion me paraît d'ailleurs d'autant plus suscep-
« tible d'être adoptée, que si elle peut avoir quelques inconvénients, ce que
« je ne vois pas, ils ne sont pas comparables à ceux qui résulteraient d'une
« signification faite d'un jugement définitif à un domicile dont le choix est
« presque toujours forcé, et où l'on n'est pas toujours sûr de trouver le zèle
« et l'attention nécessaires pour instruire à temps la partie intéressée du ju-
« gement rendu contre elle, et qui pourrait acquérir la force de la chose ju-
« gée, sans qu'elle en ait eu connaissance. » (*V.* SIREY, *suppl.* à 1808 et 1809,
« p. 499, et *J. Av.*, t. 21, p. 245).

Nous concluons de cette décision et des trois arrêts ci-dessus rappelés, *qu'en général* l'élection de domicile, d'après les art. 111 du Code civil et 59 du Code de procédure, n'est que dévolutive de compétence au tribunal du domicile élu, et attributive de la faculté d'assigner à ce domicile ; qu'ainsi la disposition de l'art. 111 du Code civil, portant que les *significations*, demandes et poursuites relatives à un acte qui contient l'élection de domicile pourront être faites à ce domicile convenu, ne peut être étendue aux jugements emportant condamnation, et faire conséquemment exception à la disposition de l'art. 147 du Code de procédure (1).

[[MM. FAVARD DE LANGLADE, t. 3, p. 174, n° 17, et THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 276, se prononcent pour la signification au domicile réel, et cette opinion a été consacrée par les arrêts des Cours de Colmar, 10 février 1809, et 20

---

(1) Nous examinerons sur l'art. 584, s'il résulte de ses expressions que l'on ne doit pas appliquer la décision du ministre au cas particulier auquel cet article se rapporte.

mars 1810 (*J. Av.*, t. 21, p. 249), et de cassation, 2 floréal an VI (*J. Av.*, t. 21, p. 234); Rennes, 18 décembre 1820 (*J. Av.*, t. 21, p. 290); Nanci, 21 novembre 1831 (*J. Av.*, t. 44, p. 47).

M. BOITARD, t. 1, p. 459 et suiv., pense, au contraire, que la signification peut être faite au domicile élu, parce que c'est la loi des parties, la loi qu'elles se sont faite, et qu'elles doivent s'y soumettre; plusieurs arrêts ont aussi adopté ce sentiment : ils ont été rendus par les Cours de Bruxelles, 30 mars 1807 ; Paris, 11 juillet et 25 août 1810 (*J. Av.*, t. 13, p. 141 et 142); 8 février 1808 (*J. Av.*, t. 21, p. 244); Orléans, 13 juin 1817 (*J. Av.* t. 21, p. 277).

Pour justifier la première solution, on dit, vainement, ce nous semble, que les parties n'avaient élu domicile que pour l'exécution de l'acte qui contenait leurs conventions, et que l'exécution du jugement n'est pas l'exécution de l'acte; qu'il y a eu novation de la dette par l'effet de la condamnation intervenue. M. Boitard fait observer, avec beaucoup de raison, que *cette idée de novation judiciaire est une idée toute romaine que rien absolument ne consacre et ne reproduit dans nos principes.*

Lorsque les parties ont élu un domicile, elles ont entendu qu'à ce domicile pussent être faites toutes les significations nécessaires pour obtenir la réalisation de leurs promesses respectives. Si, pour parvenir à ce but, les voies judiciaires sont indispensables, ne semble-t-il pas, qu'à ce titre, elles rentrent entièrement dans les termes de la convention. Quel doute, d'ailleurs, peut permettre la disposition si claire et si précise de l'art. 111 du Code civil ?

Lorsque l'élection de domicile est légale, et non pas conventionnelle, comme celle que les créanciers hypothécaires doivent déclarer dans leurs inscriptions, on pourrait, jusqu'à un certain point nier que les mêmes principes fussent applicables, parce que la désignation d'un domicile autre que le sien, n'est pas, dans ce cas, le résultat de la volonté libre de la partie, et c'est ce qui explique la décision ministérielle citée par M. Carré. Cependant le tribunal de la Seine, dans sa délibération rapportée au *J. Av.*, t. 42, p. 338, a émis l'opinion que, même dans cette hypothèse, les jugements de radiation devaient être signifiés aux domiciles élus, et que les significations aux domiciles réels, sont des actes frustratoires.

Le texte des art. 2156, 2183 Cod. civ., et 753 Cod. proc. civ., nous semble justifier cette décision.

Au moins ne pourrait-on pas contester que, lorsque plusieurs parties ont élu un domicile, expressément pour y recevoir la signification du jugement à intervenir et des actes d'exécution, cette manière de procéder ne fût légale et tout autre sans portée. C'est ce qu'a jugé la Cour de cassation, le 2 février 1826 (*J. Av.*, t. 31, p. 110).

L'arrêt de la Cour de Rennes du 13 mars 1820 (*J Av.*, t. 21, p. 290), est encore une confirmation de notre doctrine, puisqu'il ne déclare nulle la signification d'un jugement faite à un propriétaire de l'île Maurice, au domicile de son procurateur en France, que parce que le premier n'avait pas élu domicile chez celui-ci.]] **Supp.**, p. 478.

[[**608** bis. *Quelles sont les conséquences du défaut de signification absolue du jugement à avoué, ou seulement du défaut de signification préalable ?*

La loi est impérative : *S'il y a avoué en cause, le jugement ne pourra être exécuté qu'après avoir été signifié à avoué, à peine de nullité.*

Rien de plus explicite.

Inutile de donner le motif du législateur, que révèle la disposition elle-même, et que fait ressortir, avec tant d'habileté, M. BONCENNE, t. 2, p. 458. Nous avons rapporté sa dissertation, *J. Av.*, t. 40, p. 193.

La preuve la plus certaine que la signification à avoué doit précéder celle que recevra la partie, ce sont ces mots de l'art. 147 lui-même, *dans la signification à partie il sera fait mention de la signification à avoué.*

La difficulté commence lorsqu'on veut expliquer ce mot *exécuté.*

On est d'accord que toute saisie, mobilière ou immobilière, sera nulle si d'abord le jugement n'a pas été signifié à avoué, et que cette nullité ne pourra pas être réparée par une signification ultérieure (Arrêt de Poitiers, cité à la *Q.* 611 *bis*) (1).

On convient aussi généralement que les actes conservatoires, comme une inscription, peuvent être faits avant toute signification soit à avoué soit à partie. (*V.* notre *Quest.* 607 *bis.*)

Mais les délais d'appel et de cassation doivent-ils courir après une simple signification à la partie? L'expiration de ces délais doit-elle être considérée comme une *exécution* dans le sens de l'art. 147? Nous disons *le sens* de l'article 147, car il est bien évident que cette exécution, en supposant qu'on l'admette, diffère sous tous les rapports de celle dont s'est occupé l'art. 159 du Code de procédure.

M. Boncenne, dans la dissertation dont nous avons déjà parlé, a démontré l'affirmative avec une force de logique qui, selon nous, ne peut plus permettre le doute.

La partie a besoin de conseils, surtout quand il s'agit de se pourvoir en appel ou en cassation. L'exécution matérielle la touche beaucoup plus, et elle a recours de suite à son avoué, tandis qu'une signification pure et simple lui paraîtra souvent insignifiante. Comment cette signification suffirait-elle pour faire acquérir au jugement la force de la chose jugée? On devrait alors accuser le législateur de la plus grave inconséquence; disons donc que le jugement ne peut arriver à la partie qu'après avoir été médité par son avoué, qui, comme l'écrivait Rodier, examinera *si elle a quelque chose à faire.* La véritable, la première exécution, la plus essentielle de toutes, celle qu'un créancier attend habituellement avant de frapper les biens de son débiteur, c'est l'expiration du délai pendant lequel son titre n'est, pour ainsi dire, que provisoire.

Cette opinion a été aussi adoptée par M. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 339, et t. 2, p. 11; mais elle a été combattue par MM. MERLIN, *Quest. de Droit*, v° *Appel*, § 8, art. 11, n° 10; FAVARD DE LANGLADE, t. 1, p. 171, n° 6, et t. 3, p. 182, n° 9; BOITARD, t. 1, p. 456, et TALANDIER, *Traité de l'Appel*, n° 145.

Avant de passer à l'examen de la jurisprudence, nous ferons observer que la dissidence des auteurs et des arrêts ne porte uniquement que sur l'exécution *intellectuelle* (qu'on nous passe l'expression) qui doit résulter de l'expiration des délais.

Les Cours de Liége, 22 décembre 1808, de Bruxelles, 29 juillet 1809, d'Agen, 10 août 1809, et de Montpellier, 27 mai 1829 (*J. Av.*, t. 3, p. 206, et t. 37, p. 328), ont décidé que la signification à avoué était inutile, et que la signification à partie suffisait pour faire courir les délais.

La Cour de cassation, malgré les conclusions contraires de M. Nicod, et malgré tous nos efforts pour le défendeur, a sanctionné cette doctrine, dans un arrêt du 26 avril 1831 (*J. Av.*, t. 40, p. 346).

La Cour de Metz est la seule qui ait résisté à cette illégale jurisprudence,

---

(1) [Les auteurs sont unanimes sur cette partie spéciale de la question. (*V.* M. PIGEAU, *Proc. civ.*, liv. 2, part. 3, tit. 8, art. 1, n° 2, et *Comm.*, t. 1, p. 339; BONCENNE, t. 2 p. 458, et BOITARD, t. 1, p. 455.]

par arrêt du 27 juillet 1824 (*J. Av.*, t. 32, p. 167); cette Cour paraît tellement pénétrée de la vérité des principes qu'elle consacre, qu'elle présente son système comme incontestable.

M. CARRÉ, *Quest.* 610, 613 et 1558, a constamment professé l'opinion contraire à celle que nous avons cru devoir adopter, après le plus mûr examen. Ce ne sera jamais légèrement que nous nous élèverons contre une doctrine qui aura pour appui et la Cour suprême, et le savant auteur des *Lois de la Procédure.*]] **Supp.**, p. 179.

Supp., p. 179. *Force d'un jugement non levé ni signifié pendant 30 ans?*

[[**608** ter. *Un arrêt serait-il sujet à cassation s'il ordonnait, dans une de ses dispositions, qu'il pourra être exécuté sur copie signifiée seulement à avoué?*

La Cour de cassation a jugé, le 14 juillet 1830 (*J. Av.*, t. 40, p. 89), que cette disposition, bien qu'irrégulière, ne donnerait pas ouverture à cassation, mais qu'il y aurait lieu seulement à annuler les poursuites qui pourraient être faites en vertu de cette même disposition, et contrairement à l'art. 147. Cet arrêt contient, selon nous, une grave erreur de droit.

En effet, la Cour suprême a pensé que la disposition de l'arrêt était *irrégulière*, mais ne pouvait encourir sa censure. Il y a là une contradiction : s'il se fût agi d'un motif, la décision eût été fondée ; mais il est essentiel de remarquer que c'était une disposition de l'arrêt qui était attaquée.

Or la disposition d'un arrêt qui n'est pas annulée, peut devenir la chose jugée : donc la Cour suprême doit la frapper de réprobation, lorsqu'elle est illégale et irrégulière.

Dans quel embarras pourrait se trouver la Cour d'Agen, si des poursuites faites en vertu de son arrêt étaient attaquées de nullité devant elle? Ne devrait-elle point dire, il y a chose jugée, et valider alors tout ce qui aurait été fait par suite de la *disposition irrégulière de son arrêt.*

L'espèce dont nous nous occupons, peut être assimilée au cas où mal à propos une Cour a appliqué dans son arrêt, la voie rigoureuse de la contrainte par corps. Cette disposition est irrégulière ; et si la partie condamnée se pourvoit, la Cour suprême casse la *disposition* concernant la contrainte par corps ; elle ne renvoie pas le demandeur à résister aux huissiers et aux gendarmes, lorsqu'on viendra le saisir en vertu d'un arrêt de Cour souveraine non attaqué.

Si la dame Dorlan n'avait pas attaqué devant la Cour de cassation l'arrêt de la Cour d'Agen, elle eût été non recevable à venir demander la nullité de la saisie de ses immeubles faite sur copie de l'arrêt signifié à l'avoué, parce qu'un arrêt autorisait ce genre d'exécution plus expéditif. Elle avait un puissant intérêt à faire réformer l'arrêt. La Cour de cassation devait donc accueillir le pourvoi.]]

609. *Si l'exécution d'un jugement ne devait avoir lieu que d'une manière indirecte contre la partie qui aurait succombé, devrait-on le lui signifier préalablement?*

Par un arrêt rendu le 13 octobre 1807, la Cour de cassation a décidé que cette signification était nécessaire, à peine de nullité de l'exécution de ce jugement.

Nous rappellerons l'espèce de cet arrêt, pour aider à l'intelligence de la question que nous venons de poser, et que l'on pourrait considérer comme étant conçue en termes trop généraux.

Il s'agissait de l'exécution d'un jugement rendu par le tribunal de Cognac,

le 25 prair. an XII; ce jugement avait prononcé l'interdiction d'un sieur Dasnières, fils, pour cause de démence.

Dès le lendemain 26, et, par conséquent, avant que le jugement fût levé et signifié, l'épouse de l'interdit obtint une ordonnance qui l'autorisa à convoquer la famille devant le juge de paix, à l'effet de faire nommer un tuteur et un subrogé tuteur; et le jour suivant, elle demanda au juge de paix une cédule pour citer les parents qui devaient former le conseil de famille; et ce conseil ainsi convoqué procéda aux nominations dont il s'agit.

Cette procédure a été jugée vicieuse et nulle par l'arrêt que nous venons de citer, attendu que le jugement d'interdiction n'avait pu être valablement exécuté avant qu'il eût été signifié à l'interdit. (*V.* le t. 1, p. 285 et 289 du Comm., inséré aux *Ann. du Notariat.*)

[[Cet arrêt est approuvé par MM. TOULLIER, t. 2, n° 1335; MERLIN, *Rép.* v° *Interdiction*, § 5, n° 3; DURANTON, t. 3, n° 749, et THOMINE DESMAZURES, t. 1 p. 276.

Cependant la Cour de cassation a jugé le 24 décembre 1838 (*J. Av.*, t. 56, p. 121), que la vente des immeubles d'un interdit ne peut être annulée, sur le motif que la nomination du tuteur qui l'a provoquée a eu lieu avant la signification du jugement prononçant l'interdiction, si cette signification a précédé le jugement qui a autorisé la vente.

Mais on remarquera que ce second arrêt n'est pas contraire au premier, puisqu'il ne s'agissait pas dans la dernière espèce d'une demande en nullité de la nomination du tuteur, mais seulement de la vente, et que, si la nomination avait été faite avant la signification, la vente du moins n'avait eu lieu qu'après ce dernier acte d'exécution, qui, étant seul querellé, n'était donc point vicié par une contravention à l'art. 147. D'ailleurs, la Cour s'est appuyée pour regarder la procédure comme valable, de plusieurs considérations de fait, qui font en quelque sorte de sa décision un simple arrêt d'espèce.]]

610. *La signification préalable d'un jugement à l'avoué de la partie qui a succombé est-elle nécessaire, lorsqu'il n'est question que de faire courir le délai d'appel, et non de faire exécuter le jugement?*

La négative a été jugée par arrêt de la Cour d'appel de Liége du 22 décembre 1808. (*J. Av.*, t. 3, p. 206). Cet arrêt a décidé que l'art. 147 n'est applicable qu'à l'exécution des jugements, et qu'il n'est point relatif aux délais de l'appel.

C'est par suite de ce principe, d'après lequel l'art. 147 ne serait applicable qu'au cas où il est question d'exécuter le jugement, que la Cour de Bourges, par arrêt du 27 décembre 1808, a décidé que la disposition du même article, portant qu'on doit mentionner dans l'acte de signification du jugement à la personne ou au domicile de la partie la signification préalable faite à l'avoué, n'était point un obstacle à ce que la signification faite à personne ou domicile, sans cette mention, fît courir les délais fixés par l'art. 443 pour interjeter appel (1).

[[Nous examinons cette question sous le n° 608 *bis, suprà.*]]

611. *Lorsqu'un jugement prononce la nullité de* CERTAINES POURSUITES, *et qu'il ordonne simplement de les recommencer, son exécution peut-elle avoir lieu sans qu'il soit nécessaire de le signifier à la partie en faveur de laquelle il a été rendu, et qui, par conséquent, a gagné sa cause?*

Il suffit que cette signification ait été faite à l'avoué de cette partie, ainsi

(1) Nous reviendrons sur ces deux arrêts dans nos questions sur l'art. 443 (*V.* t. 1 du Comm. précité, p. 287.)

que la Cour d'appel de Paris, par arrêt du 1er mars 1810, l'a décidé dans l'espèce suivante :

Un jugement du tribunal civil d'Avallon du 22 décembre 1810 (*J. Av.*, t. 21, p. 253), avait prononcé la nullité des poursuites d'expropriation des biens du sieur Truchot, depuis et y compris le cahier des charges.

Le poursuivant leva ce jugement et l'exécuta, après l'avoir seulement *signifié à l'avoué du saisi.*

Celui-ci demanda la nullité de ce qui avait été fait en vertu de ce jugement, et fonda sa prétention sur les dispositions de l'art. 147; mais, comme nous venons de le dire, la Cour prononça que l'exécution du jugement pouvait avoir eu lieu sans signification préalable au saisi, au profit duquel il avait été rendu.

Il nous paraît, en effet, que la disposition de l'art. 147 n'est applicable qu'au cas où il s'agit d'exécuter le jugement contre la personne qui a été condamnée. (*V.* le même Comm. précité, t. 1, p. 228.)

[[Nous croyons même que, dans le cas prévu par la question actuelle, aucune signification ne serait nécessaire puisque, en supposant que la continuation ou la reprise des poursuites pût être regardée comme une exécution du jugement intervenu, ce serait la partie condamnée qui exécuterait elle-même sa condamnation ; quel grief une pareille conduite peut-elle porter à la partie gagnante?

Mais en réalité, ce n'est pas là une exécution du jugement, c'est l'exercice d'un droit préexistant, qui survit à toutes les décisions rendues sur des incidents. La signification du jugement, même à l'avoué, est donc inutile, puisque ce jugement est en quelque sorte étranger à la nouvelle procédure, et ceci s'applique également au cas où c'est la partie qui triomphe qui veut continuer les poursuites. C'est le principe qui a dicté les arrêts des Cours de Bruxelles, 10 janvier 1832 (*J. Av.*, t. 45, p. 463), 22 septembre 1831 (*Journ.* de cette Cour, t. 2 de 1831 p. 110), de Poitiers, 1er juin 1832 (*J. Av.*, t. 42, p. 359), 12 juill. 1836 (*J. Av.*, t. 52, p. 132), et de la Cour de cassation, 12 juin 1838 (*J. Av.*, t. 55, p. 438).

Aussi ne pouvons-nous approuver un arrêt de la Cour de Rennes, du 19 janvier 1827 (*J. Av.*, t. 40, p. 271), qui décide que lorsqu'un tribunal a rejeté une demande tendant à faire entendre de nouveaux témoins, et ordonné de plaider au fond à un jour fixe, il ne peut, ce jour advenu, donner défaut contre la partie condamnée sur l'incident, si le jugement de condamnation n'a pas été notifié à son avoué (*Voir* la *Quest.* 607 *bis*). S'agissait-il d'exécuter le jugement qui rejetait la demande? Non, mais uniquement de la mesure d'ordre qui avait fixé les plaidoiries au fond.

L'arrêt de la même Cour du 13 janvier 1831 (*J. Av.*, t. 40, p. 221), et celui de la Cour suprême du 4 mars 1829 (*J. Av.*, t. 37, p. 6), quoiqu'ils semblent juger comme celui du 19 janvier 1827 ne nous paraissent pas mériter la même critique.

Il faut remarquer, en effet, que, dans ces deux dernières espèces, les jugements à la suite desquels il avait été ordonné de plaider au fond, étaient rendus sur des moyens de nullité, tendant à anéantir l'instance par sa base. C'était donc bien réellement exécuter ces jugements qui rejetaient les moyens de nullité, que de continuer les poursuites, et voilà pourquoi ces Cours ont pu décider qu'il aurait fallu une signification préalable à avoué.

Mais le même raisonnement n'est pas admissible, lorsque le jugement a statué sur un incident, qui ne compromettait pas l'existence du procès en lui même, qui n'avait rapport qu'à une procédure particulière et indépendante.]]

[[**611** bis. *Un exécutoire de dépens ne peut-il être mis à exécution, qu'après la double signification de l'art.* 147?

L'affirmative a été jugée, avec raison, par la Cour de Bruxelles, le 13 août 1811 (*J. P.*, 3e éd., t. 9, p. 551, et *J. Av.*, t. 6, p. 690).

En effet, dit M. FAVARD DE LANGLADE, t. 3, p. 182, n° 9, le règlement des frais est un véritable jugement distinct de celui qui a prononcé la condamnation, et la signification préalable à l'avoué fut-elle jamais plus nécessaire que dans cette occasion, où il s'agit d'examiner si ce règlement lèse la partie?

Un arrêt de la Cour de Poitiers du 13 décembre 1837 (*J. Av.*, t. 54, p. 210). a aussi consacré cette doctrine, en annulant une saisie immobilière pratiquée en vertu d'un exécutoire de dépens qui n'avait pas été préalablement signifié à avoué, et ajoutant que la signification de cet exécutoire fait postérieurement, ne pouvait avoir pour effet de valider les actes d'exécution nuls dans l'origine. (*V.* notre *Quest.* 608 *bis.*)]] **Supp. alph.**, v° *Jugement*, n. 180.

612. *Quelle est la forme de la signification d'un jugement à avoué?*

Nous avons implicitement résolu cette question au n° 282, en disant qu'en général les actes d'avoué à avoué ne sont point rigoureusement assujettis aux formalités ordinaires des exploits, si ce n'est dans les cas où ils tiendraient lieu d'un exploit à domicile, et feraient courir un délai contre la partie.

Nous avons à remarquer ici que la signification à avoué ne fait point courir le délai de l'appel, et par conséquent nous pensons qu'elle n'exige pas à la rigueur l'observation des formalités des exploits en général (1).

[[*Voy.* nos observations très détaillées sous la *Quest.* 282, et l'opinion, conforme à la nôtre, de M. THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 275.]]

ART. 148. Si l'avoué est décédé, ou a cessé de postuler, la signification à partie suffira; mais il y sera fait mention du décès ou de la cessation des fonctions de l'avoué.

---

(1) Cette opinion se trouve justifiée par les arrêts suivants:

1° *De Limoges*, 15 nov. 1811. Il décide que ces significations ne peuvent être annulées pour défaut de forme, et notamment parce qu'on n'y aurait pas suivi les formes prescrites en matière de signification à personne ou domicile. (*Sirey*, t. 14, p. 83.)

2° *De Turin* 5 août 1811, qui déclare valide la signification d'un jugement, quoiqu'il y eût erreur dans l'énonciation des prénoms de l'une des parties. (*Sirey*, t. 12, p. 252.)

3° *De Bordeaux*, 25 août 1810, qui déclare également la signification valable, même en matière de demande en distraction d'immeubles saisis, quoique l'huissier eût omis le *parlant à*. (*Sirey*, t. 11p. 185.)

Il est vrai qu'un arrêt de la même Cour, rendu le 13 janvier suivant, a prononcé la nullité pour omission, 1° du nom de l'avoué à la requête duquel la signification devait être faite; 2° de la personne à laquelle la copie avait été remise; 3° de la qualité de la personne qui eût conféré au signataire de cette signification le droit de la faire. (*Sirey*, t. 11, p. 160.)

Nous ferons connaître, sur l'art. 763, les raisons d'après lesquelles on peut maintenir le bien jugé de cet arrêt dans l'espèce où il a été rendu, sans pour cela que l'on doive, dans les autres cas, décider de la même manière.

[*V.* notre *Quest.* 282. D'après un arrêt de la Cour de Montpellier, du 4 juin 1830 (*J. Av.*, t. 39, p 268), on peut employer en signifiant a avoué le mot de *communication*, au lieu de celui de signification.]

[Notre Comm. du Tarif, t. 1. p. 223, n° 109.] — Règlement du conseil du 28 juin 1738, art. 9. — Code de proc., art. 75, 162, 342, 1038. — [Notre Dict. gen. de Pr., v° *Signification*, n° 37. — QUESTION TRAITÉE : La mention prescrite par l'art. 148, est-elle exigée à peine de nullité, soit du jugement, soit de l'acte de signification soit seulement de l'exécution? *Q.* 613.]

613. *La mention prescrite par l'art. 148 est-elle exigée à peine de nullité, soit du jugement, soit de l'acte de signification, soit seulement de l'exécution?*

M. DELAPORTE, t. 1, p. 153, fait remarquer que si cette mention avait été omise dans la signification du jugement, il faudrait la recommencer. La peine de nullité prononcée par l'art. 147, s'appliquerait au cas de l'art. 148.

On doit croire, disent aussi les auteurs du *Commentaire* inséré aux *Annales du Notariat*, t. 1, p. 291, que l'observation de la formalité prescrite par l'art. 148 est exigée à peine de nullité : s'il en était autrement, les dispositions de cet article seraient absolument sans objet ; d'où il résulte que, si la mention du décès ou de la cessation des fonctions avait été omise, il faudrait recommencer cette signification.

Nous remarquerons d'abord que, si l'opinion des auteurs que nous venons de citer était fondée, il faudrait admettre aussi que la peine de nullité est attachée à l'inobservation de la disposition de l'art. 147, qui exige que la signification faite à partie, lorsqu'il y a avoué, contienne mention de celle qui aurait été préalablement faite à cet avoué.

M. Delaporte semble le croire, puisqu'il dit que la nullité prononcée par l'art. 147 s'appliquerait au cas de l'art. 148.

Or, nous contestons que ce mot *nullité*, employé dans l'art. 147, ait trait à la mention que prescrit ensuite l'art. 148; et s'il ne se rapporte pas à cette mention, à plus forte raison ne peut-on l'appliquer à celle dont il s'agit dans ce dernier article.

Et en effet, l'art. 147 renferme deux dispositions : la première, en tout semblable à celle de l'art. 2 du tit. 27 de l'ordonnance de 1667; la seconde qui est de droit nouveau.

Il est bien évident que la peine de nullité n'est attachée qu'à l'inobservation de la première, et encore faut-il remarquer que, parmi les anciens commentateurs de l'ordonnance, les uns, comme Rodier, 1re quest. sur l'art. 2, estimaient que la disposition semblable de l'ordonnance entraînait nullité, sinon du jugement, du moins de la signification, tandis que les autres, en se fondant sur l'art. 9 du tit. 13, 2e partie du règlement du 28 juin 1738, maintenaient qu'il y avait seulement nullité de l'exécution et des poursuites faites pour y parvenir, et non du jugement et de la signification même qui en aurait été faite à la partie avant de l'être à l'avoué.

Cette dernière opinion a été appliquée à notre art. 147, par M. Delaporte lui-même et par les auteurs du *Commentaire* déjà cité; elle a été consacrée par les arrêts de Liège et de Bourges, rapportés sur la *Quest.* 610e; et, en effet, elle nous paraît rigoureusement fondée sur les expressions de l'art. 147.

Nous demanderons maintenant comment il serait possible d'attacher à l'inobservation de la seconde disposition du même article, et, à plus forte raison, à l'inobservation de celle de l'art. 148, la peine de nullité de l'acte de signification lui-même?

N'impliquerait-il pas qu'une signification faite à partie, sans l'avoir été à avoué, fût valable en elle-même, et n'entraînât que la nullité de l'exécution, tandis qu'elle serait nulle pour ne pas renfermer une simple mention que la signification à avoué aurait été faite, ou que l'avoué serait décédé ou aurait cessé ses fonctions?

Ce serait évidemment placer l'accessoire au-dessus du principal.

Aussi voyons nous que la Cour de Bourges a décidé que la signification faite à personne ou à domicile faisait courir les délais de l'appel, nonobstant le défaut de la mention exigée par l'art. 147.

Aussi le même arrêt va-t-il plus loin, et décide-t-il que l'omission de cette mention n'entraîne pas même la nullité des poursuites qui seraient exercées en vertu du jugement signifié à partie, et cela parce que l'art. 147 ne prononce point une pareille nullité.

On ne peut dire ici que l'acte, sous ce rapport, soit vicié dans sa substance, car l'omission de la mention que prescrit l'art. 147 n'empêche pas qu'il ne soit véritablement un acte de signification d'un jugement.

C'est donc évidemment le cas d'appliquer l'art. 1030, qui veut que l'on ne puisse suppléer, dans les exploits et actes de procédure, des nullités que le Code n'aurait pas prononcées. Or, la signification d'un jugement est-elle autre chose qu'un exploit?

Nous conclurons donc, tant à l'égard de la mention exigée par l'art. 147 qu'à l'égard de la mention exigée par l'art. 148, que le défaut de l'une ou de l'autre, n'entraîne ni la nullité du jugement, ni, à plus forte raison, la nullité de l'acte de signification, ni même celle de l'exécution.

Ce défaut peut seulement donner lieu à une condamnation contre l'huissier, conformément à la seconde disposition de l'art. 1030 et à l'art. 1031; il peut, si l'on veut, donner à la partie le droit de s'opposer à l'exécution, et de faire annuler tous actes faits nonobstant cette opposition. Mais sous tous autres rapports, la signification, selon nous, doit produire tous ses effets, et, comme l'a décidé la Cour de Bourges, elle fera courir les délais de l'appel; ce qui ne serait pas, si la peine de nullite était attachée à l'omission des mentions exigées par les art. 147 et 148 (1).

[[Nous pensons, avec M. Carré, et MM. FAVARD DE LANGLADE, t. 3, p. 182, n° 9; THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 277, et BOITARD, t. 1, p. 458, que la nullité prononcée par la première disposition de l'art. 147, en cas de non-signification à l'avoué ne s'étend pas à l'omission de la mention prescrite par la seconde. Et c'est ce qu'ont jugé les Cours de Metz, le 12 fév. 1818 (*J. Av.*, t. 15,

---

(1) Nous ferons observer neanmoins qu'en reconnaissant comme nous que l'omission des énonciations prescrites n'entraîne pas nullité, on a pensé que la signification étant incomplète, elle n'aurait pas toujours les effets d'une signification régulière: d'où l'on a conclu, contre ce que nous avons établi ci-dessus, qu'elle serait incapable de faire courir les délais rigoureux de l'appel, et d'autoriser à faire prononcer une déchéance, dans le cas où l'appel n'aurait pas été interjeté dans le temps prescrit.

Il en serait, dit-on, comme d'une assignation en tête de laquelle on n'aurait pas signifié les titres de la demande, et qui autoriserait, parce qu'elle serait incomplète, le défendeur à proroger le délai de donner des défenses, et à demander préalablement la communication du titre; il en serait enfin comme de la signification d'un jugement par simple extrait: elle ne serait pas nulle; mais, parce qu'elle serait incomplète, elle ne pourrait faire courir les délais ni de l'appel, ni de la requête civile, ni du pourvoi.

Nous persistons à croire qu'en décidant de la sorte, on attacherait à l'omission tous les effets d'une nullité, et, d'ailleurs, nous ne pensons pas que les raisons fondées sur l'analogie qui existerait entre l'espèce de notre question et celle d'une assignation qui ne serait pas précédée du titre de la demande, ou d'une signification par extrait, soient absolument concluantes. Si l'assignation, dans le cas posé, peut opérer une prorogation de délai pour fournir des défenses, c'est parce que cela résulte implicitement de la disposition finale de l'art. 65; et quant à la signification d'un jugement par extrait, on ne peut guère en tirer un argument, car une telle signification serait nulle, si l'on s'en tenait à un arrêt de la Cour d'Orléans du 14 février 1815.

[Sur la question de savoir si la signification a partie, non précédée de la signification à avoué, fait courir les délais de l'appel, il faut consulter nos *Quest.* 608 *bis* et 610.]

p. 316), et de Riom, les 27 déc. 1808 et 14 février 1821 (*J. Av.*, t. 23, p 389).

Mais l'argument *à fortiori* qu'en tire M. Carré pour le cas où c'est la mention de l'art. 148 qui est omise, ne nous semble pas parfaitement logique; car, à notre avis, cette dernière mention est plus importante que l'autre.

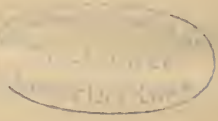
Que la partie ne puisse apprendre par la copie qui lui est remise, qu'un copie semblable a été donnée à son avoué, il y a des inconvénients, san doute; mais ils ne sont pas graves, si, en réalité, l'avoué ayant reçu la signification, a été mis à même de remplir auprès de son client l'office que la loi lui attribue.

Mais la mention prescrite par l'art. 148 a, par elle-même, une importance directe; elle est destinée à avertir la partie du décès, ou de la démission de son avoué, d'empêcher que, se reposant sur la vigilance de son mandataire, elle ne s'endorme dans une pernicieuse sécurité.

La mention de l'art. 147 a pour but de certifier la signification à avoué, la mention de l'art. 148 a pour but de la suppléer.

On pourrait donc soutenir que l'omission de cette dernière mention produit le même effet que l'omission de la signification elle-même.

Cependant en l'absence d'un texte formel qui applique la nullité à ce cas particulier, nous préférons, après avoir exposé les raisons de douter, adopter, non les motifs, mais le sentiment de M. Carré que partagent aussi MM. THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 277, et DALLOZ, t. 9, p. 642, n° 7.]]



FIN DU TOME PREMIER.

a39003 008595588b

.C3
1880
AUTHOR

Carré
Lois de la procédure civile et comm.

v.1
TITLE

DATE DUE

Marcel			